Die Problematik der erfolgverursachenden Unterlassungsdelikte unter Berücksichtigung des Schweizer Rechts

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Friedrich-Wilhelm-Universität
zu Berlin

von

Hans-Joachim Heber
Gerichtsreferendar aus Freiberg/Sa.

Tag der mündlichen Prüfung: 18. 6. 1941
Tag der Promotion: 23. 7. 1941

1941

Verlag M. Dittert & Co., Dresden A 16, Pfotenhauerstraße 28/30

J 53

Der Dekan: Professor Dr. Gieseke

1. Berichterstatter: Senatspräsident Professor Dr. Klee

2. Berichterstatter: Professor Graf Gleispach

Buchdruckerei M. Dittert & Co., Dresden A 16, Pfotenhauerstraße 28/30

VERZEICHNIS DER BENUTZTEN SCHRIFTEN.

Bader: Das Delikt des Betruges nach Art. 129 Schweizerisches Strafgesetzbuch. Diss. Zürich 1920.

von Bar: Gesetz und Schuld.

Becker: Kommentar zum Schweizer Zivilgesetzbuch. 11. Aufl. 1934.

Beling: Grundzüge des Strafrechts. 11. Aufl. 1930.

Binding: Die Normen. II. 1914.

Boldt: Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht. ZStW 55, S. 44 ff.

Braendli: Das Verbrechen der Kindestötung. Diss. Bern (ohne Jahr).

Bruns, Hans-Jürgen: Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. 1939.

Burchardt: Täuschung und Rechtswidrigkeit beim Kreditbetrug. Diss. Berlin 1937.

Bulletin Sténographique Officiel du Conseil National. 1929.

von Cleric: Betrug verübt durch Schweigen. Zürich 1918.

— Leitfaden der strafrechtlichen Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichtes. 1925.

Dahm: Bemerkungen zum Unterlassungsproblem. ZStW 59, 133 ff.

Dentschrift des Preußischen Justizministeriums „Nationalsozialistisches Strafrecht." Hsg. von Hanns Kerrl. 1933.

Dohna, Graf zu: Zur Lehre von den Kommissivdelikten durch Unterlassung. In: DStrR 1939, 142.

— Aufbau der Verbrechenslehre. 1936.

Drost: Der Aufbau der Unterlassungsdelikte. In: GS 109, S. 1 ff.

Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931.

Freisler: Das neue Strafrecht als nationalsozialistisches Bekenntnis. In: Gürtner-Freisler, Das neue Strafrecht. 1936.

Gand: Du délit de Commission par Omission. Diss. Paris 1900.

Georgakis: Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht. In Leipz. Rechtswissenschaftl. Studien. Heft 114. 1938.

Hafter: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allg. Teil. 1926. Bes. Teil. 1937.

von Hippel: Deutsches Strafrecht. II. Bd. Das Verbrechen. 1930.

Kissin: Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten. In: Strafr. Abhandl. Heft 317. Breslau 1933.

Klee: Die fahrlässige Tötung in der preußischen Praxis. In: GA 62, 394 ff.

— Zur Frage der Strafbarkeit der systematischen Insichgeschäfte des Bankiers. Festschrift für v. Liszt. 1911. S. 104 ff.
— Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung. In DStrR 1936, 1 ff.
— Das neue schweizerische Strafgesetzbuch und das Strafrecht des Dritten Reiches. In DStrR 1939, S. 126 ff.
Kohler: Studien aus dem Strafrecht. I. 1890.
Kohlrausch: StGB. 1937.
— Bemerkungen zu Reichsgerichtsurteil vom 27. 10. 1938. In ZAkDR 1939, 245 ff.
Kreß: Komm. zur CCC. 1730.
Krug: Abhandlungen aus dem Strafrecht. 1855.
Leitsätze, nationalsozialistische, für ein neues deutsches Strafrecht. 1. Teil. 3. Aufl. 1935.
Landsberg: Die sog. Kommissivdelikte durch Unterlassung. 1890.
Luden: Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht. 1840.
Mayer, Hellmuth: Das Strafrecht des deutschen Volkes. Lehrbuch. 1936.
— Der Verbrechensbegriff. In DStrR 1938 S. 73 ff.
Mentha: Les Délits de Commission par Omission. Neuchâtel. 1898.
Merkel: Begehung durch Unterlassung. 1895.
Mezger: Strafrecht. Ein Lehrbuch. 1931.
— Deutsches Strafrecht. Ein Leitfaden. 1936.
— Die Straftat als Ganzes. In ZStW 57, 675 ff.
— Deutsches Strafrecht. Ein Grundriß. 1938.
Nagler: Die Problematik der Begehung durch Unterlassung. In: GS 111, 1 ff.
Niethammer: Strafbares Unterlassen. In ZStW 57, 431 ff.
Pedotti: Die Unterlassung der Nothilfe. 1911.
Pfister: Fragen aus dem Gebiete der Widerrechtlichkeit. Diss. Zürich. 1925.
Protokoll der zweiten Expertenkommission für das Schweizerische Strafgesetzbuch.
Roeder: Zur Lehre vom „negativen Betrug". In DStrR 1940, S. 7.
Rutkowsky: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dem normativen Schuldelement und das unechte Unterlassungsdelikt. In DR 1939 S. 1041.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts. 1921.
— Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung. In Frank-Festgabe I, S. 202 ff. 1930.
Schaffstein: Das Verbrechen als Pflichtverletzung. 1935.
— Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts. In: Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Gleispach-Festschrift. S. 70 ff.

— Strafrechtsreform und unechte Unterlassungsdelikte. In DJ 1936, 767 f.
Schmidt, Eberhard, Lehrbuch von Liszt-Schmidt. 1932. 26. Aufl.
— Der Arzt im Strafrecht. In Leipz. Rechtsw. Studien. Heft 116. 1939.
Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. 12. 1937. Ausgabe Reclam Nr. 74 017—74 019.
Schwinge-Zimmerl: Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. 1937.
Stooß: Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. 1896.
— Die Begehung von Verbrechen durch Unterlassung. In SchwZStrR 9, S. 223 ff.
— Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. 1892.
— Die schweizerischen Strafgesetzbücher 1890.
Stucke: Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikzte im nationalsozialistischen Strafrecht. Diss. Kiel 1937.
Stübel: Über den Tatbestand der Verbrechen. 1805.
— Über die Teilnahme. 1828.
Thormann-Overbeck: Das schweizerische Strafgesetzbuch. Kommentar. Zürich. 1938.
Wolf, Eric: Krisis und Neuaufbau der Strafrechtsreform. 1933.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.	= RG
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.	= RGZ
Entscheidungen des Schweizer Bundesgerichtes	= BGE
Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht	= ZAkDR
Deutsches Strafrecht	= DStrR
Deutsche Justiz	= DJ
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft	= ZStW
Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht	= SchwZStrR

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550807_0172

GLIEDERUNG.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Definition 1

II. Problemstellung 4

§ 2. Das Verhältnis von Rechtswidrigkeit und objektivem Tatbestand 6

I. Die Begründungen der formellen Rechtspflichttheorie 7

1. Historische Begründung 7

2. Das Fehlen der indizierenden Funktion der Rechtswidrigkeit 8

3. Die erwartete bzw. gebotene Handlung 10

4. Allgemeines Gebot der Nächstenhilfe 12

5. Politische Begründung 12

6. Zusammenfassung 14

II. Die Begründungen der materiellen Rechtspflichttheorie . . . 15

1. von Liszt: Die Gesamtheit der Rechtsordnung 15

2. Sauer: Mehr Schaden als Nutzen 16

3. Kissin 17

4. Die Denkschrift 19

5. Im schweizer Recht 19

6. Zusammenfassung 20

III. Die Rechtspflicht aus Gesetz 21

1. Die Ablehnung der formellen Theorie 21

2. Die Darlegung der materiellen Theorie 28

IV. Die Rechtspflicht aus Vertrag 34

1. Die Ablehnung der formellen Theorie 34

2. Die Darlegung der materiellen Theorie 36

V. Die Ablehnung der materiellen Theorie der Rechtspflicht aus Gesetz und Vertrag 41

VI. Die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun 45

1. Nach der formellen Theorie 46

2. Nach der materiellen Theorie 48

VII. Einschränkungen der Rechtspflichten 50

1. Die spezielle Rechtspflicht 50

2. Die Rechtspflicht der Erfolgsabwendung 51

Seite
3. Die Rechtspflicht des Garanten 53
4. Die Rechtspflicht der Gefahrslage 54
VIII. Der Vorschlag Schaffsteins 55
1. Die Pflichtverletzung 56
2. Das Tätermerkmal 58

§ 3. Die Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung 63
I. Problemstellung und Definition 63
II. Der strafrechtliche Handlungsbegriff 64
1. Die Willensmacht 64
2. Der Wille 67
3. Die äußeren Tatumstände 67
4. Die begleitenden Tatumstände 75
III. Die Kausalität der Unterlassung 75
1. Die natürliche Kausalität 76
2. Die strafrechtliche Kausalität 79
3. Die Bedingungstheorie 83
4. Die Adäquanztheorie 85
a) Die Bedeutung der begleitenden Umstände 86
b) Andere Beispiele der Adäquanz 88
5. Rückblick auf die materielle Rechtspflichttheorie und Zusammenfassung 90
IV. Die Konkurrenzfrage 94
1. Ablehnung der Idealkonkurrenz 94
2. Gleichartigkeit 96

§ 1. Einleitung.

I. Definition.

Die herrschende Lehre hält an der bisherigen Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten fest. Danach sind unter den echten Unterlassungsdelikten Verletzungen einer Gebotsnorm und unter den unechten Unterlassungsdelikten solche Straftaten zu verstehen, die gegen eine Verbotsnorm verstoßen. Diese beiden Kagetorien der Unterlassungsdelikte werden niemals abgeleugnet werden können, da sie als Begriffe beide juristisch möglich sind. Deshalb werden sie auch in der vorliegenden Arbeit nicht aufgegeben. Vielmehr ist zu zeigen, daß jene alte, überkommene Definition, die im übrigen im deutschen[1]) sowie im schweizerischen[2]) Strafrecht schon häufig angezweifelt worden ist, weder den Unterschied der beiden Kategorien der Unterlassungdelikte untereinander, noch jenen der Unterlassungsdelikte zu den Begehungsdelikten herausstellt. Denn die Unterlassungsdelikte unterscheiden sich von den Begehungsdelikten nicht dadurch, daß jene ein Gebot und diese ein Verbot verletzen. Gebote und Verbote findet man nach Binding[3]) durch „Umwandlung des ersten Teils unserer Strafrechtssätze in einen Befehl", d. h. also aller Strafrechtssätze. Die den Begehungsdelikten eigentümlichen Verbote enthalten nach Binding[4]) „keineswegs nur ein Verbot, Handlungen vorzunehmen, deren Verderblichkeit man einsieht, sondern zugleich ein Gebot des sorgsamen Handelns". Die Normwidrigkeit, unter die

1) Drost, a. a. O. S. 7; Nagler, a. a. O. S. 1; Anm. 1, II.

2) Hafter, Allg. Teil, S. 70 hält die französische Terminologie „commission par omission" nicht für bezeichnend, da „der Täter in diesen Fällen durch seine Unterlassung nicht nur ein Gebot, sondern auch ein im Tatbestand eines Begehungsdeliktes enthaltenes Verbot übertritt."

3) a. a. O. I, 45.

sowohl die Verletzung eines Gebotes als auch eines Verbotes zu rechnen ist[5]), kann also ein geeignetes Unterscheidungsmerkmal nicht sein, um die Unterlassungen von den Handlungen abzugrenzen. Wenn es zuträfe, daß das Gebot eine „echte", das Verbot dagegen eine „unechte" Verletzung einer Norm bedeutete, so wäre die Namensgebung wenigstens für die Unterscheidung der beiden Kategorien der Unterlassungsdelikte untereinander sinnvoll. Da aber beide Verbrechensformen Pflichtverletzungen darstellen, ist die Normwidrigkeit auch kein geeignetes Kriterium, die bestehenden Kategorien der Unterlassungsdelikte auseinanderzuhalten. Eine Graduierung der Pflichten aber in echte und unechte Pflichten ist schlechterdings nicht möglich und deshalb auch bisher noch nicht vorgenommen worden. Der durch diese Benennung vorgezeichnete Hinweis auf das die Normwidrigkeit erfüllende Gebot bzw. Verbot ist nun insofern noch besonders gefährlich, als damit regelmäßig, wenn auch nicht immer, die Frage der Rechtswidrigkeit berührt wird, so namentlich dann, wenn man die Unterlassung als die Nichtvornahme einer „gebotenen" Handlung definiert.[6]) Ein spezifisch strafrechtlicher Begriff ist aber das Gebot nicht, denn es wird auch von der allgemeinen sittlichen Anschauung etwas „geboten", z. B. die Erwiderung eines Grußes.[7]) Wenn man einerseits etwas Sittenwidriges, andererseits aber auch etwas Rechtswidriges von einem „Gebot" abhängig machen kann, kann die Terminologie nicht als zutreffend bezeichnet werden, auch dann nicht, wenn feststeht, daß die Begriffe Sittenwidrigkeit und Rechtswidrigkeit sich nicht auszuschließen brauchen. Wenn man also bei der Definition der Unterlassungdelikte die Normwidrigkeit und damit auch die Rechtswidrigkeit mit der „Gebots"widrigkeit identifizierte, um damit den Unterschied zwischen den Begehungs- und Unterlassungsdelikten zum Ausdruck zu bringen, hat man m. E. mit dem Wort „Gebot" aus den oben dargelegten Gründen das richtige Mittel nicht gewählt.

---

4) ebenda, 110.

5) Nagler, a. a. O. S. 18.

6) Traeger, a. a. O. S. 9; von Hippel, a. a. O. S. 150, Anm. 3; Kissin, a. a. O. S. 4.

7) Kissin, a. a. O. S. 5.

Man muß deshalb die Grundsätze über die Begehungsdelikte in Betracht ziehen, um zu einer richtigen Einteilung zu gelangen. Diese zerfallen in einfache Tätigkeits- und Erfolgsdelikte. Nach Dohna[8]) „äußern sich die Tatdelikte in einer Körperbewegung" und „die Erfolgsdelikte in der Vereinigung von Körperbewegung und Erfolg. Dem Verbrechen ist" aber „eine sinnfällige Außenseite (gemeint ist eine Tätigkeitshandlung) nicht wesentlich". Wenn dies der Fall ist, so liegt die Tatbestandsmäßigkeit der echten Unterlassungsdelikte schon bei der Nichtvornahme einer Körperbewegung vor. Die Strafbarkeit der echten Unterlassungsdelikte hängt dann also unter Außerachtlassung der Rechtswidrigkeit und der Schuld gleich den einfachen Tätigkeitsdelikten nur von einem einzigen Merkmal ab. Hier ist es die Körperbewegung, dort das Fehlen derselben. Es ist deshalb m. E. auf den Namen „einfaches" Unterlassungsdelikt zuzukommen, wie ihn schon Mezger[9]) in seinem Grundriß, wenngleich ohne besondere Begründung, gebraucht hat. Damit drängt sich auch die weitere Unterscheidung zu den unechten Unterlassungsdelikten auf, deren Tatbestandsmäßigkeit neben dem Fehlen der Körperbewegung den Eintritt eines Erfolges, wie den Tod einer Person oder die Vermögensschädigung eines anderen, erfordert. Wie bei den Erfolgsdelikten ist die Tatbestandsmäßigkeit der unechten Unterlassungdelikte erst gegeben, wenn die beiden oben genannten Tatbestandsmerkmale vorliegen. Es erscheint deshalb auch hier der Mezgersche Ausdruck[10]) zweckmäßig, der die unechten Unterlassungsdelikte als „erfolgverursachende" Unterlassungen bezeichnet. Wenn Nagler[11]) trotzdem an den hergebrachten Bezeichnungen festzuhalten empfiehlt, so ist diesem ebensowenig zuzustimmen wie seinem Vorschlag, in dem er die einfachen Unterlassungen als „reine" Unterlassungsdelikte und die erfolgverursachenden unter ausdrücklicher Ablehnung des Namens „erfolgweises" Unterlassungdelikt als „abgewandeltes Begehungsverbrechen" bezeichnet, ohne daß er dafür eine nähere Begründung gibt.

---

8) Aufbau, S. 5.
9) Grundriß, S. 46, 51.
10) ebenda.
11) a. a. O. S. 1 Anm. 1, II.

Ein Vergleich der Tatbestandsmerkmale der Begehungs- und Unterlassungsdelikte aber weist auf eine solche oder ähnliche Namengebung wie die Mezger'sche hin. Eine weitere systematische Einteilung schlägt Drost vor[12]), der die „einfachen" Unterlassungsdelikte in abstrakte und konkrete Gefährdungsdelikte gruppiert, „je nachdem, ob der Gesetzgeber sie (a) deshalb pönalisiert, weil, generell gesehen, solche Unterlassungen regelmäßig die Gefahr eines Schadens entstehen lassen, oder ob er (b) diese Unterlassungen nicht allgemein als gefährlich angesehen und daher nur für den Fall pönalisiert hat, daß in concreto wirklich die Gefahr eines schädigenden Erfolges eingetreten ist". (Beispiele zu a): §§ 367, 11 - 14; 368, 1,4; zu b): §§ 315 f.; 318, II.) Die „qualifizierten" Unterlassungsdelikte macht er von denselben Kriterien abhängig, je nachdem, „ob der Eintritt des nicht abgewandten, schädigenden Erfolges eine nur objektive Bedingung der Strafbarkeit ist, oder ob der Gesetzgeber als weitere Voraussetzung für die Strafbarkeit gefordert hat, daß bei dem Unterlassenden hinsichtlich des Erfolges Vorsatz oder Fahrlässigkeit festgestellt wird". Bei dem vorgeschlagenen terminus bleibt allerdings der kleine Rest, daß ein Unterschied zwischen den Begehungsdelikten und den beiden Kategorien der Unterlassungdelikte nicht hervortritt.[13]) Durch dieses Negativum erspart man sich aber den Vorwurf, daß mit den die „echten" und „unechten" Unterlassungen kennzeichnenden Begriffen: Gebot und Verbot, nur die Normwidrigkeit festgestellt ist, die beide Verhaltensarten ohnehin schon in sich schließen.

II. Problemstellung.

Die strafrechtlich gleichartige Behandlung der einfachen und der erfolgverursachenden Unterlassungen mit den ihnen je entsprechenden einfachen Tätigkeitsdelikten und Erfolgsdelikten bezieht sich zunächst nur auf die Terminologie und soll noch nicht eine Gleichsetzung in ihrer Bewertung darstellen, wenngleich sie sich hinsichtlich ihrer objektiven Tat-

12) a. a. O. S. 7/8.

13) der im Laufe der Untersuchung aufgegeben wird.

bestandsmerkmale aus den oben darlegten strafrechtlichen Gesichtspunkten aufzwingt. Vielmehr ist auch das P r o b l e m der vorliegenden Arbeit darin gesehen worden, festzustellen, ob z. B. der Tod eines Menschen, verursacht durch ein Nichttun, demjenigen, verursacht durch ein Tun, gleichsteht. Ist also der durch ein Tun verursachte Erfolg dem eines durch ein Unterlassen verursachten gleichzustellen? Und wenn dies zu bejahen wäre, kann auch der Täter eines einfachen Unterlassungsdeliktes für den Erfolg eines durch ein erfolgverursachendes Unterlassen begangenes Verbrechen verantwortlich gemacht werden? Mit anderen Worten: inwieweit können die einfachen mit den erfolgverursachenden Unterlassungen ideell konkurrieren?

§ 2. Das Verhältnis von Rechtswidrigkeit und objektivem Tatbestand.

Als man die Tatbestandsmäßigkeit als ein allgemeines Merkmal des Verbrechens[14]) noch nicht in der heutigen Weise verstanden hatte, war man darauf angewiesen, den Unterschied der beiden Verhaltensarten in der Ausführungshandlung[15]), also in der tatbestandsmäßigen Handlung im engeren Sinne, zu sehen. Man war der Ansicht, daß sich die beiden Verhaltensarten darin unterschieden, daß die Handlung von der erforderlichen natürlichen Kausalität getragen werde, während jene der Unterlassung fehle. Als aber die Wissenschaft[16]) und die Praxis[17]) ihren Blick auf den tatbestandsmäßigen Erfolg heftete, kam sie nach langen Untersuchungen[18]) zur Bejahung der Kausalität der Unterlassungen und suchte den Unterschied zwischen Handlung und Unterlassung nicht mehr im Ursachenzusammenhang, sondern in der Rechtswidrigkeit. So lautete seit K r e ß (1721) die Antwort, daß ein Erfolg nur dann rechtswidrig sein kann, wenn er von rechtlich erheblichen Umständen erzeugt sei.[19]) Deshalb verlangte man, nachdem inzwischen auch der Begriff der Tatbestandsmäßigkeit als ein allgemeines Verbrechensmerkmal herausgearbeitet worden war, bei den erfolgverursachenden Unterlassungen zur Rechtswidrigkeit neben dem Vorliegen der Tatbestandsmäßigkeit die Verletzung einer b e s o n d e r e n Rechtspflicht[20]) und

14) Dohna, Aufbau, S. 2.

15) Nagler, a. a. O. S. 3.

16) Mezger, Lehrb. S. 136 Anm. 22; v. Liszt, a. a. O. S. 171; Frank, a. a. O. S. 18; von Hippel, a. a. O. S. 159 Anm. 8; Sauer, Unterlassung, S. 209.

17) RG 63, 392.

18) Nagler, a. a. O. S. 5.

19) ebenda S. 9.

20) statt vieler v. Liszt, a. a. O. S. 189; jetzt Schaffstein, Unterlassungsdelikte, S. 88.

sprach so bei dem Unterlassen von einer Rechtspflichtwidrigkeit. Damit war für die Unterlassung das Verhältnis des objektiven Tatbestandes besonders, d. h. doppelt, gekennzeichnet. Wie dieser besondere Pflichtgedanke schon in den römischen und germanischen Einzelentscheidungen, aber auch in der Scholastik zu finden ist[21]), so beherrscht er auch die Lehre des Auslandes[22]), nicht nur im romanischen und englischen Rechtsgebiet, in dem die Unterlassungsdelikte heute noch vernachlässigt sind, sondern auch in der Schweiz[23]), in der im übrigen eine auffallende Übereinstimmung in deren allgemeinen Lehren des Verbrechens besteht, auf die neuerdings Klee hingewiesen hat.[24])

I. Die Begründungen der formellen Rechtspflichtwidrigkeitstheorie.

Zunächst forderte man neben der Erfüllung des Tatbestandes die Verletzung einer gesetzlichen oder sonst irgendwie zufällig normierten Pflicht und hielt sich deshalb in alter positivistischer Tradition an rein formelle Gesichtspunkte. Aus diesem Grunde ist anfänglich von der Theorie der formellen Rechtspflichtwidrigkeit[25]) zu sprechen, welche dem Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit ihren Ausdruck verlieh. Die Begründungen dieser besonderen formellen Rechtspflichttheorie, wie sie auch neuerdings von Schaffstein bezeichnet wird[26]), sind folgende:

1. Eine historische Begründung gibt Landsberg[27]), der vom Entwurf des Preußischen StGB aus dem Jahre 1830 ausgeht. Er stützt sich auf den später fortgelassenen § 222, der als Tötung die Verursachung des Todes eines Menschen durch

---

21) Nagler, S. 10.

22) v. Hippel, a. a. O. S. 156.

23) Hafter, Allg. Teil S. 69.

24) Klee, Deutsches Strafrecht, 1939, S. 129.

25) Frank, a. a. O. § 1 I, 2; Liszt, a. a. O. S. 174 Anm. 5 und die dort aufgezählten Autoren.

26) Schaffstein, Unterlassung, S. 73.

27) Landsberg, a. a. O. S. 222 ff.

eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung vorgesehen hatte, und führt dazu aus, der Verfasser dieses Entwurfes habe den Standpunkt Feuerbachs vertreten, wonach die kausale Handlung rechtswidrig sei, wenn nicht besondere Rechfertigungsgründe vorlägen, die kausale Unterlassung jedoch nur, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln durch Gesetz oder Vertrag aufgestellt wäre. Diese Rechtsansicht des Gesetzgebers von 1830 sei der einzige Ausgangspunkt für eine befriedigende Beantwortung der Frage nach der Strafbarkeit der ursächlichen Unterlassung. Auch neuerdings[28]) ist wieder auf die gemeinrechtliche Tradition hingewiesen worden, wie auch von Hippel[29]) an die Entstehungsgeschichte in den Motiven von 1829 zum Preußischen StGB und den Bericht der Kammerdeputation von 1854 in Sachsen anknüpft. Wie interessant auch die historische Entwicklung des Begriffes der „besonderen Rechtspflicht" sein mag, als wissenschaftliche Begründung aber ist sie einer Kritik standzuhalten nicht imstande, da sie jeder Schlüssigkeit bar ist.[30])

2. Zur Begründung führt die herrschende Meinung aus[31]), daß die „unrechtsindizierende" Bedeutung[32]) bei den unechten Unterlassungsdelikten versage, insofern nicht ein zweites, die Rechtswidrigkeit indizierendes Moment hinzutrete. Dies folge aus der einfachen Überlegung: Wenn der Gesetzgeber eine Verbotsnorm aufstelle, so wende er sich damit verbietend gegen diejenigen Tatbestände (positives Tun), welche diesen Erfolg herbeiführen, nicht aber gegen die gesamten passiven Verhaltensweisen (Unterlassungen), welche ebenfalls mit diesem Erfolg im Kausalzusammenhang stehen. Diesen Unterlassungen gegenüber versage daher jeder Typisierungsversuch.[33]) Zutreffend sei deshalb zu formulieren, daß „die Tatbestände, die ein Verbot sanktionieren, nur angeben, was einer nicht tun

28) Nagler, a. a. O. S. 21 Anm. 52.

29) a. a. O. S. 156, 161.

30) Gegen diese historische Begründung auch Schaffstein, Unterlassung, S. 86.

31) v. Liszt-Schmidt, S. 179; Liszt (1932) S. 189; Frank, a. a. O. § 1, IV; Mezger, Lehrbuch S. 138; Burchardt, a. a. O. S. 20.

32) Boldt, a. a. O. S. 45.

33) v. Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 179.

soll, und somit nicht angeben, was einer tun soll".[34]) Dieselbe Begründung wird auch in der Schweiz gegeben. So führt von Cleric aus[35]), daß der gesetzliche Tatbestand dem Täter einen Fingerzeig dahingehend gibt, was er nicht tun darf; umgekehrt bedeute er aber dem Unterlassenden in keiner Weise, ob und was er tun müsse. Durch den Tatbestand wird demnach die Rechtswidrigkeit des ihm unterfallenden Unterlassens nur dann indiziert, wenn überdies durch einen besonderen Rechtssatz an Stelle des Unterlassens ein den Erfolg hinderndes Tätigwerden geboten und damit zugleich das Untätigbleiben verboten wird. Diese Begründung ist aber nicht zutreffend, denn wenn das Gesetz mit seinen Strafdrohungen nicht auch die Unterlassungen erfassen würde, dann müßte man die Strafbarkeit der erfolgverursachenden Unterlassungen überhaupt leugnen[36]), oder man müßte den bestehenden Handlungsbegriff verneinen.[37]) Hält man aber daran fest, daß auch ein Nichttun einen Erfolg herbeiführen kann, so ist die Frage, welche Verhaltensformen dem im strafgesetzlichen Tatbestand befindlichen Verbot unterliegen, bereits entschieden, und es bedarf nicht noch der Verletzung einer besonderen Rechtspflicht. Mit der Kausalität der Unterlassung wird auch ihre Tatbestandsmäßigkeit als gegeben zu erachten sein, bei deren Vorliegen aber die Rechtswidrigkeit der Unterlassung nicht mehr verneint werden kann.[38]) Ist man aber anderer Meinung, so könnte man sich auf den Standpunkt stellen, daß auch die tatbestandsmäßige Handlung nur dann rechtswidrig sei, wenn eine besondere Rechtspflicht zum Unterlassen bestehe. Oder man müßte eben für die Rechtspflicht einen besonderen Maßstab finden, der der unterschiedlichen Behandlung von Unterlassungen und Handlungen Gerechtigkeit widerfahren ließe.[39]) Wenn aber auf der anderen Seite das Verbot der Erfolgsverwirklichung schon in der Norm liegt und die Norm der Rechts-

34) so auch neuerdings wieder Roeder, a. a. O. S. 9.

35) Betrug, S. 76.

36) Stucke, a. a. O. S. 4.

37) Hierauf ist später einzugehen, vgl. S. 64 ff., insb. S. 68.

38) Kissin, a. a. O. S. 49; Sauer, Grundlagen des Strafrechts, S. 458, Anm. 1.

39) Stucke, a. a. O. S. 4; ähnlich Schaffstein, Unterlassungen, S. 84, der auf die Gemeinsamkeit der Pflichtverletzung hinweist.

widrigkeit gleich zu erachten ist, so muß auch eine tatbestandsmäßige Unterlassung ohne Verletzung einer besonderen Rechtspflicht verboten und damit rechtswidrig sein.[40]) Wenn nun die herrschende Lehre die Rechtswidrigkeit zu einem Tatbestandsmerkmal macht, gibt sie ungewollt zu, daß das Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit zur Rechtswidrigkeit bei den unechten Unterlassungsdelikten kein anderes ist als bei der Begehung durch positives Tun.[41])

3. Eine andere, ebenso bedeutsame Ansicht[42]) erklärt die Unterlassung als Nichtvornahme einer erwarteten Handlung, eine Ansicht, die nicht nur in Deutschland, sondern auch in der Schweiz vertreten wird.[43]) So führt z. B. von Cleric aus[44]), daß der Täter mit seiner Unterlassung in einer Erwartung täuschen muß. Auch in Frankreich wird diese Meinung vertreten.[45]) Man muß sich aber hierbei fragen, warum man dann nicht ebenfalls annimmt, daß auch die positive Handlung die Vornahme einer nicht erwarteten Handlung ist. Die Erwartung bedeutet doch für ein strafrechtliches Verhalten nichts anderes als die Zurechnung des Erfolges, der mit ihm eventuell im Zusammenhang stehen könnte. Wer von der Erwartung eines strafrechtlichen Verhaltens spricht, weist also nur auf die Kausalitätsfrage hin. Da aber die Kausalität nicht nur bei den Unterlassungen, sondern auch bei den Handlungen zu prüfen ist, erscheint es unzutreffend, die mit der Erwartung zum Ausdruck gebrachte Kausalität als ein besonderes Kriterium der Unterlassung hervorzuheben. Wird aber dabei an die Erwartungen der Volksgemeinschaft oder der Rechtsordnung gedacht, so kommt wiederum der oben abgelehnte Pflichtgedanke auf.[46]) Ferner trägt die Begründung der Rechtspflicht aus dem Gedanken der erwarteten Handlung noch die Gefahr in sich, daß — wenn auch nicht immer ohne

40) Kissin, a. a. O. S. 48.

41) Georgakis, a. a. O. S. 32.

42) Mezger, Lehrb., S. 130, 137; von Hippel, a. a. O. S. 153; Traeger, Unterlassung, S. 7—9; Frank, § 1 IV S. 17; Nagler, S. 15/6.

43) Thormann-Overbeck S. 64.

44) Betrug, S. 51.

45) Gand, a. a. O. S. 59: „il faut, que l'acte omis soit précisément celui que la société ou la victime pouvaient legitimément esperer l'omettant."

46) Nagler, a. a. O. S. 1; ähnlich S. 14.

Absicht[47]) — Kausalität und Rechtswidrgikeit miteinander vermengt werden, denn mit der Frage nach der „erwarteten" Handlung wird die Frage nach der „gebotenen" Handlung verbunden. Zumeist aber bleibt es bei jener „Verschiebung des Kausalproblems in die Rechtswidrigkeiten", ohne daß dieselbe besonders begründet wird. Praktisch heißt das, die Kausalität der Unterlassung von dem Vorliegen einer Rechtspflicht abhängig machen. Damit ist aber die Kausalitätsfrage der Unterlassung nicht zu lösen, denn ein Unterlassender kann nicht nur deshalb als Verursacher angesehen werden, „weil er in der und der Weise hätte handeln sollen, geschweige nur dann, wenn er eine Rechtspflicht zu diesem Handeln gehabt hat".[48]) Dazu ist ein Bedingungsverhältnis notwendig, das nicht schon durch Handlungsmodalitäten bestimmbar ist. Frank geht dabei von seiner früher vertretenen Theorie von dem negativen Tatbestand aus. Danach bildet die Rechtwidrigkeit ein negatives Tatbestandsmerkmal, d. h. der Tatbestand erfordere sie zwar nicht, sei aber bei ihrem Fehlen nicht erfüllt.[49]) Anders sei es bei den Tatbeständen, die das Wort „rechtswidrig" aufgenommen hätten, welches ein positives Tatbestandsmerkmal darstelle. Bei der Beschränkung der Kausalität der Unterlassung auf die Rechtswidrigkeit wäre die Unterlassung nach der eben genannten Theorie nur formell rechtswidrig, wenn sie sich als Verletzung einer speziellen Rechtspflicht darstellte. Die Frage nach der Rechtswidrigkeit kann aber „erst dann aufgeworfen werden, wenn die von der Verpflichtung zum Handeln gänzlich unabhängige Frage der Kausalität der Unterlassung" beantwortet ist.[50]) Auch in der die romanische Schweiz beeinflussenden französischen Literatur wird diese Vermengung vorgenommen. So führt Gand aus[51]): „Nous pouvons donc admettre que même causale, même intentionellement criminelle, la commission par omission ne sera pas punissable si elle ne constitue pas la violation d'un devoir". Während auf der anderen Seite gerade von

47) Mezger, Lehrb. S. 37.
48) Klee, Deutsches Strafrecht 1936, S. 8.
49) dazu ablehnend Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 30 ff.
50) Klee, ebenda.
51) Gand, a. a. O. S. 59.

Cleric[52]) mehrfach auf diese unzulässige Vermengung von Kausalität und Rechtswidrigkeit hinweist. Damit ist aber nicht nur die Begründung der besonderen Rechtspflicht als einer „erwarteten" Handlung, sondern auch deren Folgerung widerlegt.

4. Oft aber wird die Theorie der besonderen Rechtspflicht gar nicht begründet. Man begnügt sich mit der Feststellung, daß man sonst bei Gleichsetzung der Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung mit derjenigen der Handlung eine allgemeine Pflicht zur Nächstenhilfe aufstellen müsse. Es wäre aber ebenso eine „uferlose, wie als Unrecht empfundene Ausdehnung", wollte man jeden, der ein schädigendes Ereignis nicht verhindere, als Täter ansehen. Würde man sich aber daran halten, so richte man es nicht nur auf die Befolgung des Grundsatzes der Gerechtigkeit ab, um mit Schopenhauer zu reden[53]), einem neminem laede, sondern darüber hinaus auf die Erfüllung der Forderungen der Menschenliebe: immo omnes, quantum potes, juva. Kein Strafrechtswissenschaftler aber könne wegen der Unerträglichkeit dieser Wirkungen, die Normen dieses Inhaltes für die Gemeinschaft haben würden, die Prüfung der objektiven Strafvoraussetzungen bei der Unterlassung auf die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit beschränken.[54]) Die bedingte Strafbarkeit der tatbestandsmäßigen Unterlassung entspringe deshalb auch einem praktischen Bedürfnis.[55]) Einer besonderen wissenschaftlichen Widerlegung bedarf diese Begründung der besonderen Rechtspflicht nicht, da sie nur praktische Gründe für sich in Anspruch nimmt. Sie verweist vielmehr auf die politischen Gedankengänge jener Zeit.

5. Die Frage, in welchem Maß man die erfolgverursachenden Unterlassungsdelikte bestrafen soll, inwieweit man also das Eingreifen der Menschen zur Abwendung eines strafrechtlichen Erfolges erfordern soll, hängt von der Begründung der individuellen Freiheit ab. Eine individualistische Richtung

---

52) Betrug, S. 2, 3, 26, 55, 64, 80: „Kausalität und Rechtswidrigkeit des Schweigens sind also im einzelnen Falle gesondert zu ergründen."

53) Grundlage der Moral, § 16.

54) Nagler, a. a. O. S. 20; Kissin, a. a. O. S. 91.

55) v. Hippel, a. a. O. S. 161.

wird die Strafbarkeit der Unterlassung einengen, denn für sie steht die persönliche Freiheit des einzelnen im Vordergrund. Dagegen wird eine sozialistische, universalistische oder kollektivistische Richtung die Strafbarkeit der Unterlassungen ausdehnen, weil diese die Freiheit des einzelnen bedeutend geringer einschätzen als der Individualismus.[56]) Dieser Erkenntnis kann man sich auch in der Schweiz nicht verschließen[57]) und erklärt die vielen in der Schweiz bestehenden Nothilfepflichten gerade damit, daß „der Gedanke der Solidarität in der Gemeinschaft" dort lebendig sei[58]) und kraftvoll ausgebaut sein müsse, „wo infolge von Ungunst der natürlichen Verhältnisse oder wegen des Fehlens eines vollwertigen staatlichen Beamtentums der Genosse den Schutz durch seinen Nächsten nicht entbehren kann". Für den Nationalsozialismus ist die persönliche Handlungsfreiheit nicht mehr allein ausschlaggebend. „Die Problematik des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit, die seit Feuerbach bekanntlich in dem Satz: nullum crimen sine lege, bestand, hatte allerdings ursprünglich die Front nur gegen die von der Gerichtspraxis gepflegten gewohnheitsmäßigen Strafbarkeitserklärungen genommen"[59]), wurde aber später verlagert. So sollte darin der Wortsinn des Strafgesetzes für den Richter „eine schlechthin unübersteigbare Barriere aufrichten". „Es gehört weiter zum Glaubensbekenntnis des Liberalismus, daß die heterogene Gesetzlichkeit scharf von der autonomen Sittlichkeit geschieden werden müsse. Die Sittlichkeit gehörte ausschließlich in den staatsfreien Bezirk der moralisch gefestigten Persönlichkeit: es gelte Gewissensfreiheit. Die Sittlichkeit müsse deshalb aus dem Bereich, der unter rechtlichem Zwange (officium perfectum) stehe, unbedingt ferngehalten werden. Es hängt zuletzt nicht damit zusammen, daß das deutsche Geistesleben, als es um 1800 nach einem neuen Gestaltungsprinzip im Geiste wahrer Gerechtigkeit und zeitgemäßer Zweckmäßigkeit suchte, sich nicht auf sich selbst besann, sich vielmehr mit schwärmerischer Inbrunst ganz der französischen Aufklärungs- und Revolutionsideologie, damit

56) Sauer, Unterlassung, S. *226*; Schaffstein, DJ 1936 S. 767.

57) Pedotti, a. a. O. S. 1.

58) Pfister, a. a. O. S. 19.

59) Zu diesem und folgendem Nagler, a. a. O. S. 36.

aber einem volksfremden Rationalismus verschrieben hatte". Mit Recht hat Schaffstein[60]) die Rechtspflichttheorie deshalb als ein Musterbeispiel eines abstrakten Normativismus bezeichnet. Aber selbst wenn man einmal das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, welches stillschweigend auf das richterliche Gebiet übernommen wurde, auf seine Richtigkeit hin untersucht, wird man selbst nach individualistischen Maßstäben eine Unstimmigkeit entdecken können. Die Gesetzmäßigkeit bedeutet Schutz des einzelnen. Wird nun aber der einzelne (der sich z. B. in Gefahr befindet) geschützt, wenn ein anderer nur dann zu handeln braucht, falls das Gesetz es vorschreibt, zu handeln, sonst aber, wenn das Gesetz diesen Fall nicht erfaßt hat, unbeteiligt bleiben kann? In diesem Falle soll der liebe Mitbürger ohne weiteres ein Opfer der gegebenen Situation werden können! Ein gewisser Schutz wird dabei allerdings auch ausgeübt: Das eine, nicht gefährdete Individuum braucht nicht zu handeln. Aber welches ist denn der größere Verlust für einen Staat? Ist denn wirklich der Schutz des einen Individuums, das hätte handeln müssen, wichtiger als derjenige des Individuums, welches unterzugehen droht? Hier sieht man die negative Seite des gesetzesstaatlichen Denkens! Nicht einmal das Prinzip der Güterabwägung ist beachtet worden. Dieses Ergebnis kann aber dem Sinne nach nicht auf dem Weg gutgeheißen werden[61]), daß aus dem Grundsatz, dem Bürger dürfe nur das zum staatlichen Notwendige aufgegeben werden, zu folgern sei, daß dem einzelnen Gemeinschaftsmitglied nur ein Verhalten anbefohlen werden dürfe, das im Endergebnis für die Allgemeinheit keinen Schaden verursacht, der bei Nichtexistenz dieses Mitgliedes ausgeblieben wäre. Denn die Tatsache, daß der Betreffende nun inmitten der Gemeinschaft lebt oder nicht, kann für das festzulegende Maß der Handlungsfreiheit nicht ausschlaggebend sein.

6. Im Endergebnis ist daher festzustellen, daß die Begründungen der Theorie der besonderen Rechtspflicht heute weder politisch vertreten werden können noch einer eingehenden wissenschaftlichen Untersuchung standhalten. Denn das Ver-

---

60) Unterlassung, S. 53 und s. u. S. 40.

61) Kissin, a. a. O. § 16.

hältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit ist bei den Unterlassungen nicht anders als bei den Handlungen.[62])

II. Die Begründung der materiellen Rechtspflichtwidrigkeitstheorie.

Von der formellen Rechtspflichtheorie ist nun die materielle Rechtspflichttheorie zu unterscheiden. Da aber die Theorie der materiellen Rechtswidrigkeit aus demselben Anlaß wie die Theorie der formellen Rechtspflichtwidrigkeit entstanden und auch mit den gleichen Argumenten begründet worden ist, erübrigt es sich, an dieser Stelle auch noch auf die Kritik der materiellen Rechtswidrigkeit einzugehen. Sie stellt nur hinsichtlich ihres Inhaltes eine Erweiterung dar, und zwar dahingehend, daß neben den Rechtspflichten aus Gesetz auch noch sittliche Pflichten herangezogen werden können, um die Rechtswidrigkeit der erfolgverursachenden Unterlassungen festzustellen. Da nun die Begründungen der formellen Rechtspflichttheorie aus den eben erwähnten Gründen abgelehnt werden mußten, sind demzufolge auch diejenigen der erweiterten, materiellen Rechtspflichttheorie abzulehnen. Es interessieren hier nur noch die Beziehungen der materiellen Rechtspflicht zur Unterlassung im einzelnen. Deshalb soll hier nur kurz erwähnt werden, was man allgemein unter der materiellen Rechtswidrigkeit versteht. Es muß aber soviel als befremdend hingestellt werden, daß die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit bei den Unterlassungsdelikten erst so spät Einzug gehalten hat!

1. Nach von Liszt[63]) ist zur Abgrenzung der rechtmäßigen Handlung von der rechtswidrigen das Gesamtgebiet der Rechtsordnung in Betracht zu ziehen. Jeder Satz des privaten und öffentlichen Rechtes, der die Verletzung oder Gefährdung eines Interesses erlaubt, schließe nach seiner Meinung die Rechtswidrigkeit der Handlung aus. Biete das positive Recht keinen Rechtfertigungsgrund, so könne ein solcher

62) Kissin, S. 43.
63) a. a. O. S. 139 ff.

aus dem Mangel des materiellen Unrechtsgehaltes der Handlung sich ergeben. Von D o h n a[64]) führt diese Lehre weiter. Nach seiner Ansicht bildet die Rechtswidrigkeit nicht die Folge der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale, sondern umgekehrt: deren Voraussetzung, und zwar auch dort, wo das Gesetz nicht besonders darauf hinweist.[65]) Rechtswidrig im Sinne der positivrechtlichen Terminologie sei, wie er ausführt, aber nicht nur ein Verhalten, das nicht ein r e c h t e s Mittel zu rechtem Zweck sei, sondern es müsse hinzukommen, daß das Verhalten außerdem einem strafrechtlichen Tatbestand entspreche. Denn das Verhalten sei nicht schon dann unrecht, wenn es der Rechtsidee nicht entspreche, sondern erst dann, wenn auch die Rechtsordnung es als Angriff auf ihre Interessensphäre kennzeichne. Rechtswidrig sei folglich ein Verhalten, das nicht ein rechtes Mittel zu rechtem Zweck sei und außerdem den besonderen Tatbestand eines Deliktes erfülle.[66]) Nach einer anderen Ansicht ist die Grundlage der Rechtsnormen in den K u l t u r n o r m e n zu finden. Einen Teil dieser Kulturnormen sanktioniere der Staat in der Strafgesetzgebung. So erfolge in der Gesetzgebung in der Form der Aufstellung von Rechtsnormen die Abgrenzung des rechtmäßigen vom rechtswidrigen Verhalten. In diesem Sinne könne von einem strafgesetzlichen Tatbestand als dem wichtigsten Indiz der Rechtswidrigkeit gesprochen werden. Der Wert der praktischen Erkenntnis, daß das Wesen der Rechtswidrigkeit in dem Widerspruch mit einer staatlich anerkannten Kulturnorm liege, tritt bei den außergesetzlichen Rechtfertigungsgründen besonders hervor. So z. B. bei Wahrnehmung berechtigter Interessen, wobei zu berücksichtigen ist, ob das Interesse und die Art, wie es gewahrt worden ist, von einer Kulturnorm und ob diese vom Staate anerkannt ist. Dabei ist die herrschende Kulturanschauung maßgebend.

2. Nach S a u e r sind die Begriffe Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit soziologisch zu bestimmen, denn sie stellen Werturteile dar, die in der Gemeinschaft gefunden werden.

---

64) Rechtswidrigkeit, S. 13.

65) Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 37.

66) ebenda, S. 54, zitiert nach Kissin, a. a. O. S. 52—58.

Die Rechtmäßigkeit sei ein günstiges, die Rechtswidrigkeit ein ungünstiges Werturteil der Gemeinschaft über die einzelnen Wertbestrebungen in der Gemeinschaft.[67]) Ein Wertbestreben, ein menschliches Verhalten sei rechtmäßig, wenn es den staatlichen Zwecken entspreche, rechtswidrig hingegen, wenn es ihnen zuwiderlaufe. Denn nur das könne die Gemeinschaft gutheißen, was sie „fördert oder zum mindesten erhält". Das Verhalten des einzelnen müsse den Staatszielen mehr entsprechen als zuwiderlaufen, um rechtmäßig zu sein, es müsse ihnen mehr nützen als schaden.[68]) Der Täter ist nun nach Sauer nur dann strafbar, wenn eine Pflicht zum Unterlassen, der Unterlassende dagegen nur dann, wenn eine Pflicht zum Handeln bestehe. Nach seiner Meinung kann aber vom Gesetzgeber die Rechtspflicht zum Handeln niemals erschöpfend geregelt werden, wenn sich auch die Pflicht zum Unterlassen aus dem Gesetz ergebe. Deshalb seien für die Rechtspflicht materielle Prinzipien anzuwenden.[69])

3. Kissin schließt sich der Ansicht Sauers an.[70]) Ob etwas materiell rechtswidrig ist, macht er noch von der Frage abhängig, ob die Norm richtig oder unrichtig sei. Richtig sei eine Strafrechtsnorm nur dann, wenn nach ihren generellen Tendenzen aus ihr mehr Nutzen als Schaden für die Gemeinschaft erwachse.[71]) Hierin stimmt Kissin wieder mit Sauer überein. Er vertritt die Ansicht, daß der Unterschied einer tatbestandsmäßigen Handlung zur Unterlassung schon allein nach den Prinzipien der materiellen Rechtswidrigkeit, und zwar auch ohne die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht bestimmt werden könnte. Der Verletzung einer besonderen Rechtspflicht bedürfe es deshalb nicht, weil bei Vorliegen der Tatbestandsmäßigkeit und Fehlen eines Unrechtsausschließungsgrundes die Unterlassung formell rechtswidrig sei. Die Verschiedenwertigkeit der Handlung zur Unterlassung könne nicht besser berücksichtigt werden als in der materiellen Rechtswidrigkeit, da durch ein Gebot die Freiheit

67) Sauer, Grundlagen des Strafrechts, S. 273.
68) derselbe, Grundlagen, S. 275; ZStW 36, 458.
69) derselbe, Unterlassung, S. 215.
70) Kissin, a. a. O. S. 62/3.
71) derselbe, S. 84.

des einzelnen mehr als durch ein Verbot eingeschränkt werde. Diese ungleiche Behandlung von Tun und Nichttun gehe auch auch § 139 StGB hervor, in dem der Gesetzgeber dieses Unterlassungsdelikt als „das kleinere Übel" mit einer geringeren Strafdrohung versehen habe als das entsprechende Handlungsdelikt.[72]) Ein Ausgleich könne für die Passivseite durch die materielle Berücksichtigung der „Hochwertigkeit des verletzten Rechtsgutes", durch eine „gefahrbegründende Vortat" des Unterlassenden, durch die Besonderheit seiner „rechtlich-sozialen Stellung" oder ähnliche Umstände gewährleistet werden. Mit Recht ist diese Auffassung von Schaffstein als eine individualistische bezeichnet worden.[73]) Er führt aus: „Nur krasser Rationalismus kann glauben, daß der Unrechtsgehalt eines Verbrechens einer anorganischen chemischen Verbindung gleiche, die sich restlos durch eine geschickte Analyse in ihre einzelnen Elemente (lies: Interessen und Gegeninteressen) aufspalten und ebenso wieder zusammensetzen lasse. Den Unrechtsgehalt eines unechten Unterlassungsdeliktes kann man ebensowenig wie irgendeines anderen Verbrechens allein durch eine rationale Interessenabwägung, sondern nur durch lebendige Sinnes- und Wesenserfassung ermitteln." In diesem Sinne hält es Schaffstein ebenfalls für „überflüssig", Rechtspflichten zu konstruieren.[74]) Während in der Pflichtwidrigkeit der Unrechtsgehalt eines jeden Verbrechens bestehe, könne erst „bei der Frage nach Art und Maß des Unrechts" der Unterschied zu den Unterlassungen bestimmt werden. Deshalb erfülle die Pflichtwidrigkeit in einem gewissen Maße die Funktion der materiellen Rechtswidrigkeit wie bei Sauer und Kissin.[75]) Wenn diese Schriftsteller auch nicht mehr die Verletzung einer Rechtspflicht als besondere Bedingung der Tatbestandsmäßigkeit erfordern, so sind sie dennoch systematisch der Rechtspflichttheorie einzuordnen. Denn sie verlangen letzten Endes zur Bestrafung wegen einer Unterlassung neben der Tatbestandsmäßigkeit noch ein weiteres Element. Da dieses auch der Rechtswidrigkeit – wenn auch im weiteren Sinne

72) Kissin, a. a. O. S. 99.
73) Schaffstein, Unterlassung, S. 93.
74) ebenda, S. 97.
75) ebenda, S. 99.

— entlehnt ist, macht es praktisch keinen Unterschied, ob dieses nun gerade eine Rechtspflicht ist oder eine allgemeine Pflicht, deren Verletzung Schaffstein herausgestellt hat.

4. Die Preußische Denkschrift von 1933 und die nationalsozialistischen Leitsätze des Reichsrechtsamtes der NSDAP von 1935, die den Schlußstein dieser Entwicklung darstellen, zeigen deutlich, daß es letzten Endes gar nicht ausschlaggebend auf die Pflicht, als vielmehr auf die materielle Rechtsauffassung ankommt. Denn nach der ersteren[76]) wird bestraft, „wer es unterläßt, den Erfolg abzuwenden, wenn von ihm nach der gesunden Volksauffassung die Abwendung des Erfolges verlangt werden kann", und nach der letzteren[77]) wird wegen Unterlassung bestraft, „wer einer aus den besonderen Umständen des Falles erwachsenen Pflicht zur Abwehr eines Erfolges nicht genügt oder besonders schwer gegen seine sittlichen Treuepflichten verstößt".

5. Auch im schweizer Recht begegnet uns die Lösung der Unterlassungsdelikte mit Pflichten „aus der allgemeinen Rechtsordnung"[78]) und „aus dem Rechtssystem im ganzen".[79]) Die allgemeine Rechtsordnung bedeute die innere Überbrückung sämtlicher Rechtsgedanken, welche in den innerhalb einer konkreten, historisch-gewordenen Gemeinschaft gegenwärtig geltenden Rechtssätzen enthalten seien. Diese Rechtsgedanken, die nichts anderes darstellten als die Gemeinschaftszwecke im Verhältnis zu den individuellen Zwecken, seien ohne Ausnahme in ihrem Inhalte bedingt durch das in-einander-, mit-einander- und gegen-einander-Wirken aller im Bereiche der Gemeinschaft lebenden materiellen und ideellen Kräfte, solcher, die in der konkreten Gemeinschaft tätig seien, da diese ohne sie nicht denkbar wäre, und solcher, die der konkreten Gemeinschaft ihre Eigenart, ihr besonderes und wandelbares Gepräge verleihen.[80]) Aus dem Zusammenhang aller positiven Rechtsgedanken aber würden die Leitprinzipien, die Grundtendenzen der konkreten Gemeinschaft bzw. Rechtsord-

76) S. 132.
77) S. 14 und 32.
78) Pfister, a. a. O. S. 31.
79) von Cleric, Betrug, S. 82.
80) Pfister, a. a. O. S. 31.

nung hervortreten, auf die die Gerichte zurückgriffen, wenn sich im geformten Recht eine Lücke zeige.[81])

Aber auch in der einzigen französischen Dissertation, die, soweit wir sehen, über die erfolgverursachenden Unterlassungsdelikte existiert und von Gand geschrieben worden ist, wird auf materielle Rechtsgrundsätze verwiesen. Gerade aus dem individualistischen Prinzip der „liberté humaine" folgert Gand „devoirs inférieurs", die das Gesetz sanktioniere, und „devoirs superieurs", die das Gewissen befehlige.[82]) Letztere hätten denselben Charakter wie die ersteren. Deshalb kommt er auch zu dem Schluß, daß neben den Pflichten aus Gesetz und Vertrag noch solche aus „quasi-contrats" zugelassen seien. Zu dieser Auffassung kann er aber nur gelangen, weil er davon[83]) ausgeht, daß „la liberté de chacun s'étend jusqu'au point précis où celle d'autrui commence". Nur wo einer auf den anderen zur Rücksichtnahme verpflichtet ist, kann nach diesem Prinzip diese mit Recht bezeichnete „conception idéal" Wirklichkeit werden.

6. Lehnt man nun, wie oben schon einmal gesagt, die formelle als auch die materielle Rechtspflichttheorie wegen ihrer systematischen Begründung ab, so müßte eigentlich damit die Untersuchung über diese Theorien abgeschlossen sein. Es soll aber im folgenden noch auf den Inhalt dieser beiden Theorien eingegangen werden. Käme man nämlich dabei trotz der unglücklichen systematischen Begründung zu einem juristisch brauchbaren Ergebnis, so wäre die herrschende Lehre mit ihrer Theorie gerechtfertigt. Beide Theorien stellen es inhaltlich nun auf Rechtspflichten aus Gesetz, Vertrag und vorangegangenem Tun ab. Deshalb sollen diese Kriterien zum Ausgangspunkt der Erörterung für beide Theorien genommen werden. Der Unterschied zwischen formeller und materieller Rechtspflichttheorie besteht nur darin, daß die letztere die formellen Rechtspflichten durch übergesetzliche Unrechtserwägungen erweitert.

---

81) von Cleric, Betrug, S. 68.
82) Gand, a. a. O. S. 84.
83) derselbe, S. 84.

III. Die Rechtspflicht aus Gesetz.

Die Rechtspflicht aus Gesetz ist beiden gemeinsam, mag sie zunächst auch erst aus formellen Erwägungen entstanden sein.

1. Dabei hält man sich erstens besonders an Strafgesetze[84]), wovon allerdings § 330c StGB ausgenommen wird.[85]) In der deutschen Rechtslehre wird diese Ansicht von Traeger[86]) und anderen[87]) vertreten. In der Schweiz werden zunächst auch „strafgesetzliche Tatbestände" genannt, was Pfister[88]) damit begründet, daß „ein menschliches Verhalten als rechtswidrig angesehen wird, wenn es dem in einem Rechtssatz ausgedrückten Rechtsgedanken und Rechtsbefehl zuwiderläuft". Die Handlungspflicht aus anderen Rechtssätzen betrachtet er nur als eine „Ergänzung" zum StGB.[89]) Würde man diesem richtigen Gedanken weiter nachgehen, so käme man auch bei der Bestimmung des Inhaltes der Rechtspflichten bezüglich ihrer Rechtssätze, die nicht im StGB enthalten sind, zur Ablehnung der Rechtspflichttheorie. Denn wenn man nur Rechtspflichten aus dem Strafgesetz anerkennen würde, hätte die doppelte Widerrechtlichkeit gar keinen Sinn mehr. Logischerweise kann man aber auch nur Pflichten aus dem Strafgesetz anerkennen, da die strafrechtliche Relevanz nur im Strafgesetz festgelegt wird und nicht in Gesetzen und Rechtssätzen, die außerhalb des StGB liegen. Dies fühlt auch Hafter ganz richtig, wenn er bemerkt[90]), daß neben der außerstrafrechtlichen Rechtspfilcht, deren Verletzung die Strafe der Kuppelei durch Unterlassung nach sich zieht, „die Pflicht zum Handeln sich direkt aus dem Kuppeleitatbestand" ergäbe. Mit Recht sagt deshalb Nagler[91]), daß das öffentlich-rechtliche

84) StGB §§ 121, 179, 221, 316 II, 318 II, 345, 347, 354, 355, 357; dazu von Hippel a. a. O. S. 161 Anm. 7.

85) worauf am Ende der Arbeit näher eingegangen wird; vgl. S. 94, 98, 99.

86) Unterlassung, S. 79.

87) von Liszt, a. a. O. S. 138; von Hippel, a. a. O. S. 161 Anm. 7.

88) a. a. O. S. 24.

89) Pfister, a. a. O. S. 28.

90) Besonderer Teil, S. 140 Anm. 5.

91) a. a. O. S. 24.

Verbot und der darüber geformte Tatbestand auf jene rechtlichen Wirkungen Bezug nehme. „Damit erst werden sie strafrechtlich erheblich."

Trotzdem zieht aber die herrschende Meinung nicht nur in Deutschland[92]), sondern auch im Ausland und insbesondere in der Schweiz[94]) neben den Strafgesetzen auch andere, namentlich Zivilgesetze für die strafrechtliche Relevanz als besondere Rechtspflicht in Betracht. So werden aufgezählt die Pflichten des Vaters gemäß § 1627 BGB, der Mutter gemäß § 1634 BGB, der unehelichen Mutter aus § 1607 BGB, die Pflicht des Vormundes gegenüber Minderjährigen aus §§ 1793, 1800 BGB, des Vormundes gegenüber Entmündigten gemäß § 1897 BGB, die Erziehungspflicht bei Volljährigen aus § 1901 BGB, die gesetzliche Unterhaltspflicht aus § 1601 BGB.[95]) Es ist nun besonders Schaffsteins Verdienst, gegen die Rechtspflicht aus Zivilgesetzen neuerdings Stellung genommen zu haben.[96]) Wenn er dies auch nicht unter Ablehnung der verschiedenen systematischen Begründungen der Rechtspflichttheorie aus den oben erwähnten[97]) Gründen tut, so weist er dennoch den inhaltlichen Widerspruch dieser Lehre insofern nach, als sie eine Zivilisierung des Strafrechts bedeute, und hat deshalb die Rechtspflichttheorie als „Musterbeispiel eines abstrakten Normativismus" bezeichnet.[98]) Naglers Antwort[99]), daß die Zivilisierung des öffentlichen Rechts gar keine liberalistische Verwirrung gewesen sei und der Emanzipationsvorgang im Strafrecht schon lange vor 1900 eingesetzt habe, ist unzutreffend. Denn das Gegenteil wird insbesondere durch die Eigenständigkeit der von Binding vertretenen Strafrechtstheorien bewiesen. Im übrigen braucht darauf nicht eingegangen

---

92) Traeger, a. a. O. S. 72, 75, 97, 120; v. Hippel a. a. O. S. 161 Anm. 5; derselbe, S. 130/2; Drost, a. a. O. S. 6; v. Liszt (1932), S. 190.

93) Gand, a. a. O. S. 59.

94) Hafter, Allg. Teil S. 71; v. Cleric, Betrug, S. 81/82; Thormann-Overbeck, S. 64.

95) vgl. Mezger, Lehrb., S. 139.

96) Unterlassung, S. 73.

97) vgl. S. 7—14.

98) Unterlassung, S. 75.

99) a. a. O. S. 85.

zu werden, denn auch Nagler hat auf der anderen Seite festgestellt, daß Zivilgesetze „an sich bloß die von jenen Rechtsgebieten selbst dargebotenen Wirkungen auslösen können".[100]) Diese Ansicht wurde auch schon früher geäußert[101]) und ist neuerdings von Kohlrausch[102]), Helmut Mayer[103]), Niethammer[104]) vertreten. Wenn aber auf der anderen Seite die Rechtsprechung trotzdem, auch noch in neuerer Zeit, an dem Satz festhält, daß auf Grund einer besonderen Rechtspflicht aus Gesetz (BGB usw.) die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Unterlassung als gegeben zu erachten sei, so liegt darin ein Formalismus, der dem Reichsgericht mit Recht vorgeworfen werden kann, mag er auch auf der anderen Seite wegen der unsicheren Lösung der Problematik der Unterlassungsdelikte verständlich sein. Die umstrittensten Entscheidungen liegen deshalb in den oben angeführten Bestimmungen des Familienrechtes. Am heftigsten ist so die Entscheidung des Reichsgerichts[105]), in § 1354 BGB eine Pflicht des Ehemannes zu sehen, dem unzüchtigen Treiben seiner Ehefrau entgegenzutreten, angegriffen worden[106]), mit der Begründung, daß die dem Manne nach § 1354 eingeräumte Rechtsstellung ebensowenig wie der unklare Gedanke des Hausrechtes[107]) zur Begründung einer solchen Rechtspflicht herangezogen werden könne. Der Wert dieser Entscheidungen liegt zweifellos darin, dem unzüchtigen Treiben Einhalt zu gebieten. Nur im Verfolg dieses Gedankens ist auch die Rechtsprechung zu verstehen, aus den §§ 1627, 1631 BGB eine Rechtspflicht herzuleiten[108]), gegen die Unzucht der minderjährigen Kinder einzuschreiten, um auf dieser Grundlage gegen die Erzieher vorgehen zu können. Ist dagegen das Kind bereits volljährig, so

---

100) a. a. O. S. 22.

101) v. Buri, GS 1877, Beil.Heft S. 112.

102) ZAkDR 1939 S. 246.

103) a. a. O. S. 17.

104) a. a. O. S. 443, 445.

105) RG 48, 194; 58, 97, 226.

106) Mezger, Lehrb. S. 140 Anm. 37; v. Hippel, a. a. O. S. 162 Anm. 7; Traeger, a. a. O. S. 81; Frank, a. a. O. § 181 III.

107) RG 24, 168; 40, 167; 58, 244.

108) RG 40, 165.

bestehen die Bedenken, die gegen die Bestrafung der Eltern bei Nichtverhinderung der Unzucht geäußert worden sind, im Sinne der formellen Rechtspflichttheorie zu Recht.[109]) Diese Entscheidung rechtfertigt sich aber ebenso aus materiellen Gesichtspunkten wie die Forderung[110]), im einzelnen Falle das unzüchtige Treiben auch des Dienstmädchens zu verhindern. Ferner statuiert § 1356 BGB nicht die Verpflichtung der Ehefrau, die Unterbringung des Diebesgutes den Dieben zu untersagen[111]), wenn sie der Ehemann in die Wohnung eingelassen hatte. Nach dieser Vorschrift wird lediglich die Stellung der Ehefrau als Leiterin des Hauswesens im Verhältnis gegenüber ihrem Ehemann festgelegt. Noch mehr fallen diese Bemühungen, mit familienrechtlichen Bestimmungen den Inhalt der Rechtspflicht zu begründen, ins Auge, wo es sich nicht nur um Unzuchtsdelikte handelt, sondern um Verbrechen wider das Leben. So leitet das Reichsgericht aus den §§ 1606, 1705, 1707 BGB Pflichten der Großmutter zur Abwendung des Todes ihres unehelich geborenen Enkels her, um sie wegen fahrlässiger Tötung[112]) oder wegen Beihilfe zum Totschlag[113]) zu bestrafen. Diese Bestimmungen stellen aber nicht eine Verpflichtung der Großmutter dar, die Tochter zu hindern, ihr Kind zu erwürgen.[114]) Vielmehr ist der Sinn dieser Vorschriften, eine Unterhaltspflicht zu regeln. Auf der andern Seite lehnt das Reichsgericht eine Bestrafung des Verlobten wegen Beihilfe zur Abtreibung ab[115]), da die familienrechtlichen Beziehungen noch nicht bestünden, obwohl im Gegensatz dazu nun neuerdings[116]) aber diese familienrechtlichen Beziehungen auch dann angenommen werden, wenn der Vater eines außerehelichen Kindes es unterläßt, die Kindesmutter von ihren Tötungsabsichten fernzuhalten. Dasselbe gilt von § 1708 BGB, der auch nicht eine Rechtspflicht aufstellt, daß ein junger Mann sein unehe-

---

109) v. Hippel, a. a. O. S. 161 Anm. 7.
110) RG in GA 53, 164.
111) RG in JW 1931, S. 1576.
112) RG 64, 316.
113) RG 72, 373 ist = in ZAkDR 1939, S. 244.
114) RG 64, 316.
115) Rg 56, 168.
116) Rg 66, 71.

liches Kind nicht seiner beruflichen Laufbahn opfern darf. Daß das Reichsgericht sich bei Herbeiziehung der familienrechtlichen Bestimmungen in gewissen Schwierigkeiten befindet, geht insbesondere aus den zuletzt genannten Beispielen hervor. Aber auch wo es sich um Betrugsfälle handelt, treten diese Gegensätze in Erscheinung. So wird bei Rentenbeziehern eine Offenbarungspflicht, z. B. Arbeit bekommen zu haben[117]), angenommen, während eine solche Pflicht für den Wohlfahrtsunterstützungsempfänger nicht aufgestellt wird[118]), desgleichen nicht für den Empfänger einer Unfallversicherung.[119]) Ebensowenig kann die Bestrafung des Vaters eines unehelichen Kindes, der es aus Lebensgefahr zu retten unterläßt, nicht davon abhängig gemacht werden, ob das Kind bereits das 16. Lebensjahr überschritten hat.[120]) Auch kann die Möglichkeit der einmaligen Abfindung nach § 1714 BGB keinesfalls auf strafrechtlichem Gebiete die Folgerung nach sich ziehen, den Vater des Kindes einer Beistandspflicht zu entledigen. Für die Strafbarkeit der Unterlassungsdelikte kann ferner nicht maßgebend sein, daß der Unterlassende außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhaltes den Unterhalt zu gewähren (§ 1603 BGB). Diese Regelung hat vielmehr ihren Sinn darin, daß man anderen gegenüber zum Unterhalt nicht verpflichtet sein kann, wenn man sich selbst nicht zu unterhalten imstande ist.[121]) Und schließlich ist es nicht Sache allein des Vaters, den liederlichen und letzten Endes verbrecherischen Lebenswandel seines Sohnes zu kontrollieren, sondern auch des Vormundschaftsgerichtes. Nur wenn der Vater über ein einzelnes Vorhaben des Sohnes unterrichtet ist, erscheint sein unterlassener Eingriff als Verletzung einer Pflicht im Sinne der Rechtspflichttheorie.[122]) Damit ist also im positiven wie im negativen Sinne gezeigt, daß die Bestimmungen des Zivilrechtes, namentlich des Familienrechtes, eine andere Aufgabe

117) RG 64, 209.
118) RG 65, 211.
119) RG 46, 414.
120) Schaffstein, Unterlassung, S. 75/76.
121) Stucke, a. a. O. S. 10.
122) RG 67, 344; Niethammer, a. a. O. S. 443.

haben[123]), als die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte zu regeln. Sie statutieren nur relative Pflichten, welche bestimmten Personen gegenüber bestehen.[124]) Ferner kann eine Rechtspflicht zum Handeln nicht nur dann bestehen, wenn der Verletzte einen zivilrechtlichen Anspruch hat.[125])

Auf der anderen Seite ist sich die herrschende Lehre darüber einig, daß auch eine Rechtspflicht auf gesetzlich zulässiger Verordnung[126]) oder gesetzlich zulässigem Dienstbefehl beruhen kann und so ohne weiteres der unmittelbar durch das Gesetz begründeten Pflicht gleich zu erachten ist. So wird notwendigerweise die Strafe wegen Freiheitsberaubung gefolgert, wenn ein Zugführer der Verkehrsordnung zuwider es unterläßt, einen verschlossenen Wagen zu öffnen.[127]) Dieser Ansicht ist man auch in der Schweiz.[128]) So führt Hafter aus[129]), daß die Pflicht zum Handeln auch durch die Gebote des Verwaltungsrechts normiert sein könne. Ferner gehören hierzu vor allem die Pflichten kraft Amtes. Trotz des gleichen öffentlichen Charakters beider Rechtsgebiete kann dieses von der Rechtspflichttheorie gefundene Kriterium nicht unangefochten bleiben. Auch hier lehrt schon „die einfache Überlegung", daß die staats-, verwaltungs- und disziplinarrechtlichen Verpflichtungen nur Wirkungen in den von ihnen dargebotenen Rechtsgebieten auslösen können.[130]) So ist gegenüber der Entscheidung in Bd. 69, S. 349 ff., nach der ein SA.-Führer wegen Beihilfe zur Führerflucht verurteilt wurde, weil er es unterlassen hatte, den Führer des Kraftwagens von der Führerflucht abzuhalten, hervorzuheben, daß die dem § 3 des Gesetzes zur Sicherung der Einheit von Staat und Partei vom 1. 12. 1933 entnommene öffentlichrechtliche Pflicht auch nur ein Festhalten des Reichsgerichts an einem Formalismus dar-

123) Drost, a. a. O. S. 12.

124) Hellmuth Mayer, a. a. O. S. 175.

125) Drost, a. a. O. S. 12.

126) Mezger, Lehrb. S. 139; v. Hippel, a. a. O. S. 161, Anm. 7; Frank, § 1 IV 1; RG 51, 9; 53, 108; 58, 300.

127) RG in DJ 13, S. 764.

128) v. Cleric, Betrug, S. 81.

129) Hafter, Allg. Teil S. 70.

130) Nagler, a. a. O. S. 22.

stellt. Denn diese vom Reichsgericht angezogene Bestimmung regelt die Einheit von Partei und Staat, nicht dagegen, wann ein Mitglied der NSDAP zu bestrafen ist. Ob aber der SA.-Führer vor die Parteigerichtsbarkeit gehört, ist eine Frage, die von Drost[131]) zwar ausführlich in bejahendem Sinne erörtert wird, aber mit der Problematik der Unterlassung nichts zu tun hat. Hier ist ferner die Rechtsprechung des Reichsgerichts anzuführen, die mit § 138 ZPO eine Rechtspflicht des Anwaltes zur Verhinderung einer unwahren Zeugenaussage für die Bestrafung wegen Beihilfe zum Meineid begründen will. Drost hat diese Rechtsprechung mit Recht insofern angefochten, als nach dem neuen § 138 ZPO noch keine Erweiterung über die tätige, insbesondere psychische Mitwirkung am Zustandekommen des Falscheides hinaus vorgesehen sei. Das bloße Geschehenlassen aber habe der Gesetzgeber nicht mit aufgenommen. Auch der erweiterte § 138 ZPO stelle nur eine prozeßrechtliche Norm dar, deren Nichtbeachtung in Ermangelung besonderer Vorschriften nur „prozeßrechtliche Wirkungen" erzeuge. Noch weniger kann aber der Ansicht gefolgt werden[132]), daß auch die privatrechtlichen Pflichten nur wegen ihres öffentlichrechtlichen Charakters Rechtspflichten begründen könnten. Es mag richtig sein, daß „Quelle allen Rechts letztlich die im Bewußtsein unseres Volkes lebenden Regeln des volksgenössischen Zusammenlebens (öffentliches Recht) sind".[133]) Jedoch hindert diese Erkenntnis nichts daran, daß jedes Rechtsgebiet, insbesondere das öffentlichrechtliche, seine eigenen Aufgaben hat.

Es ist deshalb verständlich, wenn aus dieser Ansicht gefolgert wird, das Gewohnheitsrecht vermöge als Inbegriff des sozialen Zusammenlebens ebenfalls eine Rechtspflicht zu begründen. Wie einleuchtend dieser Zusammenhang auch ist und wie abseits heute die Bedenken liegen, die sich aus Art. 16 RV ergaben[134]), so kann der herrschenden Lehre[135])

---

131) Drost, a. a. O. S. 37/38.

132) derselbe, S. 15 ff.

133) derselbe, S. 16.

134) Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 180 Anm. 17.

135) Binding, a. a. O. S. 545, 548, 552; v. Hippel, a. a. O. S. 509; Sauer, Grundlagen, S. 449.

doch nur unter folgender Voraussetzung beigetreten werden: Ein Gewohnheitsrecht kann nur dann strafrechtlich relevant sein, wenn es in seinem Inhalt das StGB ergänzt. Deshalb ist es immer dann abzulehnen, wenn es Rechtsverhältnisse irgendeines anderen Rechtsgebietes regelt.

2. Diese theoretische Unhaltbarkeit der formellen Theorie hat nun die Wissenschaft veranlaßt, den Unterschied der Tatbestandsmäßigkeit der erfolgverursachenden Unterlassungen zur Tatbestandsmäßigkeit der Handlungsdelikte im materiellen Unrecht zu suchen. So wurde die Rechtspflicht aus Gesetz erweitert und von Maßstäben abhängig gemacht, wie sie sich je nach den oben dargelegten Theorien ergaben, so z. B. „ob es ein rechtes Mittel zu rechtem Zweck" ist, oder ob es „den staatlich anerkannten Kulturnormen entspricht" oder es „nach seiner allgemeinen Tendenz dem Staat und seinen Gliedern mehr nützt als schadet" usw. Wenn auch gelegentlich (wie von Kissin) das Vorliegen einer Rechtspflicht abgelehnt wird, so leugnen sie alle die strengen positivistischen Maßstäbe und verweisen auf sittliche bzw. moralische Tendenzen, die für die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Unterlassung von Bedeutung sein sollen. Im einzelnen werden als sozialethische Bedingungen solche bezeichnet, die die Anordnungen der Gesetze durchdringen[136]) und sich von denjenigen ethischen Systemen unterscheiden würden, die einer religiösen oder individuellen Ethik entstammten.[137]) Mit Recht stellt das Reichsgericht fest, daß sie wegen dieser sittlichen Anschauungen als Rechtspflichten nicht maßgeblich sind. Die bezeichneten Sittengebote werden im Gegensatz zu den formellen Geboten als Ausdruck der völkischen Gemeinschaftsordnung betrachtet. In diesem Sinne verpflichtet die Lebensgemeinschaft den Unterlassenden im generellen[138]) und die Hausgemeinschaft usw. im engeren Sinne.[139]) So wird auf das „Wesen der Ehe"[140]) und die Stellung des Ehemannes als Haupt der Gemeinschaft wie auch auf die „natürliche Verbundenheit

136) Nagler, a. a. O. S. 41.
137) derselbe, a. a. O. S. 42.
138) Drost, a. a. O. S. 51.
139) Mezger, Lehrb. S. 139/40.
140) RG 48, 196.

von Mutter und Tochter"[141]) Bezug genommen.[142]) Oberbegriff sei die im Staate bestehende Sozialpflicht im völkischen Zusammenleben. Nur eine derartige Pflicht bilde eine besondere Rechtspflicht zum Handeln. Auch das Reichsgericht hat sich in neuester Zeit von seinem formalen Standpunkt, eine Rechtspflicht nur aus Gesetz zu verlangen, entfernt. In einer Entscheidung[143]), wo eine gelähmte Frau von ihrem Bruder in dessen Haushalt aufgenommen wurde, dort als Familienmitglied verblieb und später deshalb verstarb, weil sie bei eintretender Krankheit weder von ihrem Bruder noch von dessen 18jähriger, den Hauhalt leitender Tochter betreut wurde, hat das Reichsgericht betont: „Die sittliche Pflicht kann für Menschen nur Rechtspflicht werden, die der äußeren Welt in so enger Lebensgemeinschaft verbunden gegenüberstehen, wie es in der Familie oder Hausgemeinschaft der Fall zu sein pflegt. Ähnliche Fälle lassen ich z. B. in gemeinsamer Bergnot, wohl auch auf Streifendienst am Feinde denken." In einem weiteren Fall, wo die Mutter als Teilnehmerin der Kindestötung bestraft wurde, weil sie ihrer minderjährigen, in ihrem Haushalte lebenden Tochter bei der Geburt eines außerehelichen Kindes beizustehen unterließ, sagt das Reichsgericht[144]), daß jene „unter den hier obwaltenden Verhältnissen auch eine Rechtspflicht gegenüber dem Kinde selbst" gehabt habe. Diese Rechtspflicht, „für das Wohl des Kindes zu sorgen, das von ihrer minderjährigen Tochter mit ihrem Einverständnis in ihrer Wohnung ohne fremde Hilfe geboren wurde", bestehe ungeachtet ihrer Verpflichtung aus §§ 1684, 1686 BGB. Wenn das Reichsgericht auch in einer anderen Entscheidung, wo eine Frau der Beihilfe zum Gattenmord angeklagt war, den ihr Liebhaber an seiner Ehefrau begangen hatte, das Vorliegen eines solchen Gemeinschaftsverhältnisses ablehnt, so wird damit aber ebenfalls eine grundsätzliche Rechtspflicht aus einem derartigen Gemeinschaftsverhältnis als maßgeblich betrachtet.

---

141) Kohlrausch, ZAkDR 39, S. 246, der den Begriff des „Haushalts" als nicht recht passend ablehnt.

142) RG 58, 244.

143) RG 69, 321.

144) RG 72, 374.

Zur Ablehnung führt das Reichsgericht aus[145]), es hieße den sittlichen Wert der Familiengemeinschaft und der Hausgemeinschaft unzulässigerweise herabwürdigen, wenn man unter solchen Umständen die Angeklagte als Teilnehmerin dieser „Lebensgemeinschaft" anerkennen wollte. Ein Vorgehen nach den Grundsätzen des vorausgegangenen Tuns hält das Reichsgericht dagegen hier für gegeben, wozu später noch Stellung genommen werden soll. Das schweizerische Bundesgericht geht auch über die formelle Rechtspflicht hinaus, stellt es aber bei einer solchen Haftung aus einem allgemeinen Gebot der Rechtsordnung noch auf das Vorliegen einer Gefahrslage ab. In einem Fall[146]), in dem ein Telegraphenarbeiter infolge einer schlechten Reparatur eines Steiggurtes abgestürzt war, hält das Bundesgericht „nicht nur eine vertragliche Verpflichtung, sondern darüber hinaus auch noch ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung" für verletzt. Hinsichtlich des allgemeinen Gebots der Rechtsordnung ist es allerdings der Ansicht, daß nicht jede Gefährdung von Rechtsgütern Dritter rechtlich verpönt sei, so die Benutzung z. B. eines Automobils. Anders verhalte es sich dagegen bei Gefährdungen, die nicht notwendig Begleiterscheinungen eines von der Rechtsordnung gebilligten Anlasses seien. Hier fehle der Grund, der sie gegenüber der Allgemeinheit rechtfertigen würde. In diesem Sinne bestehe daher ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung, daß Leib und Leben nicht unnötig in Gefahr gebracht werden dürfen. Deshalb habe der Unternehmer im gegebenen Falle bei der mangelhaften Herstellung oder Reparatur des Steiggurtes nicht nur eine vertragliche Verpflichtung, sondern auch ein allgemeines Verbot der Rechtsordnung verletzt.

Diese Ausdehnung der Rechtspflicht wird nicht nur bei den erfolgverursachenden, sondern auch bei den einfachen Unterlassungsdelikten vorgenommen. Obwohl diese Erweiterung zu erwähnen systematisch hier keinen Platz hat, soll sie dennoch angebracht werden, um an weiteren Beispielen die Einstellung der Gesetzgebung, besonders in der Schweiz kennenzulernen. Besonders interessieren hier die Fälle der unterlassenen Hilfeleistung. Die Entwicklung des neuen § 330 c

145) Rg 73, 56.

146) BGE 64, II, S. 254 ff. (1938).

StGB im deutschen Recht wird dabei als bekannt vorausgesetzt. Die gesetzgeberische Entwicklung in der Schweiz zeigt neuerdings ebenfalls eine verstärkte ethische Einstellung und daher eine Zunahme von echten Unterlassungstatbeständen. „Das heutige Strafrecht verlangt mehr, als es zu Zeiten der Fall war, ein Tätigwerden, ein Helfen zugunsten anderer und der Gemeinschaft."[147]) Die verschiedenen Tatbestände haben ihren Grund nicht nur in den vielen früheren Entwürfen für ein schweizerisches Strafgesetzbuch, sie sind auch ein Abbild der einzelnen kantonalen Strafgesetzbücher. Die Nothilfepflichten sind in den einzelnen Strafgesetzbüchern sehr weit ausgebildet.[148]) Das französische und früher das deutsche Strafrecht verpflichten im wesentlichen nur denjenigen zur Hilfeleistung, der bei Unglücksfällen vor gemeiner Gefahr und Not polizeilich hierzu aufgefordert wird und der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr nachkommen kann.[149]) Eine Reihe von Kantonen schließt sich den Bestimmungen des französischen Code pénal an und verlangt die Hilfeleistung nur nach erfolgter Aufforderung durch den zuständigen Beamten.[150]) Die Mehrzahl aber statuiert eine Hilfepflicht auch ohne polizeiliche Aufforderung, insbesondere beim Verlassen hilfloser Personen. Vor allem besteht nach dem Rechte von Obwalden, Tessin und Neuenburg die allgemeine Rechtspflicht, einem in hohem Grade Hilfsbedürftigen, insbesondere einem Menschen, der in Lebensgefahr schwebt, Hilfe zu leisten, sofern sie wenigstens ohne erhebliche eigene Gefahr geleistet werden kann.[151]) Obwalden stellt die weitaus größten Anforderungen an die Hilfsbereitschaft des einzelnen.[152]) Um nun zu verstehen, warum das schweizerische Strafgesetzbuch trotz dieser Voraussetzungen nur den Fall des „abandon d'un blessé" aufgenommen hat und nicht auch, wie zu vermuten, eine eben solche große Anzahl von Unterlassungsdelikten, wie sie sich in den kantonalen Strafgesetzen befinden, muß man sich mit der Be-

147) Hafter, Allg. Teil, S. 70.
148) Pedotti, a. a. O. S. 68 ff.
149) vgl. § 330 c, früher § 360, 10 StGB und art. 475 ch. 12 Code pénal.
150) Pedotti, a. a. O. S. 81 ff.
151) derselbe, a. a. O. S. 75; Pfister, a. a. O. S. 24.
152) Obwalden, art. 136; vgl. Stooß, Strafgesetzbücher, S. 647.

gründung im Conseil National von 1929 auseinandersetzen. Der Kommissionsentwurf hatte sich vor allem dem Entwurf von 1918 angeschlossen, der in seinem Artikel 296 folgende Fälle aufgenommen hatte:

„Omission de prêter secours en cas d'urgence:

Celui qui n'aura pas prêter secours à une personne en danger de mort, bien que, d'après les circonstances, ce secours put être raisonnablement exigé de lui,

celui qui aura abandonner sans la secourir une personne blessé soit par lui, soit par un véhicule ou un animal de selle ou de trait dont il se servait,

celui qui aura contrevenu à une autre disposition légale prescrivant de porter secours en cas d'urgence,

celui qui, requis par un fonctionaire de police de lui prêter assistance en un cas d'urgence, aura, sans raison suffisante refusé d'obtempérer à cette requisition,

celui qui aura empêché, un tiers de prêter secours ou assistance, ou l'aura entravé dans l'accomplicement de ce devoir,

sera puni des arrêts ou de l'amende."

Mit folgender Begründung wurden die entsprechenden Absätze des früheren art. 296 von der Kommission abgelehnt. Logos führt im Bulletin Sténographique officiel S. 88 aus: „L'al. 1 sanctionne l'obligation de prêter secours même sans en être requis, à une personne en danger de mort. C'est un appel à la solidarité, par example en montagne ou sur l'eau. La commission a cependant biffé cet alinéa premier de l'art. 296 qui lui a paru être nature à conduire trop loin. De l'avis de la commission, c'est de la morale plutot que du droit, qui doivent relever les situations auxquelles se rapporte l'art. 296 premier alinéa."

Den Absatz 3 hat man aus folgenden Gründen nicht in den Code pénal suisse aufgenommen:

„La commission estime que c'est a la législation cantonal — par exemple sur l'exercise des professions médicales qu'il faut laisser le soin d'édicter des dispositions de police nécessaires à cet égard."

Wenn die Strafrechtskommission die Aufnahme dieser Unterlassungstatbestände, wie im übrigen auch die Absätze 4

und 5, den Kantonen zur Aufnahme in die Polizeigesetzbücher empfiehlt, so kann man also feststellen, daß es an Unterlassungstatbeständen in der Schweiz mehr gibt, als früher in Deutschland, obwohl in das schweizerische Strafgesetzbuch auch nur ein spezieller Artikel aufgenommen wurde, der eine besondere Hilfepflicht aufstellt. Die Tatsache, daß es nur einen Artikel dieser Art gibt, ist nicht etwa auf eine Angleichung an deutsche oder französische Verhältnisse zurückzuführen, beruht vielmehr auf der Tendenz, das Übertretungsrecht in seiner Regelung den Kantonen und damit den Polizeibehörden zu überlassen. Auf diese Weise glaubte man, den Sitten und Gebräuchen auch im kleinen Kreis eines Kantones gerecht werden zu können. Das „Im-Stiche-Lassen" eines Verletzten aber wollte man zu einem Vergehen machen und hat es so in den Code pénal suisse mit aufgenommen. Im Bulletin Sténographique officiel von 1929 sagt dazu Baumann S. 508: „Einer solchen Bestimmung kommt gerade in unserer heutigen Zeit mit dem gesteigerten Verkehr mit Motorfahrzeugen und den sich häufenden Unfällen eine besondere Bedeutung zu. Schärfere Strafnormen sind hier wohl angebracht, und sie entsprechen ganz dem Volksempfinden, das sich mit Recht darüber empört, wenn der Urheber des Unfalles sich feige und gewissenlos aus dem Staube macht und sich nicht um sein Opfer kümmert. Bei der Benutzung eines Fahrzeuges besteht die Verantwortung u. E. für alle Mitfahrenden, die von der Verletzung Kenntnis erhalten haben. Das Maß der Verantwortlichkeit wird der Richter für jeden Mitfahrenden nach seinem Ermessen festsetzen müssen."

Aber auch in der Schweizer Rechtsprechung ist eine solche Erweiterung insbesondere bei den Berufspflichten vorgenommen worden. So läßt das Bundesgerichte eine Masseuse für das Unterlassen der nötigen Vorsichtsmaßregeln, nämlich den Rat eines Arztes beizuziehen, um eine tuberkulose Gelenkentzündung eines Kindes zu heilen, haften, obwohl zur Zeit der Tat „le reglement d'application de la loi genevoise du 11 février 1929 sur l'exercise des professions médicales et auxiliaires n'existait pas".[153]) In gleicher Weise wird ein Arzt für die Nichtanwendung eines Serums verantwortlich gemacht, ob-

153) BGE 59, II, 37 ff., 40.

wohl „keine Berufspflicht zur Anwendung des Serums" besteht.[154]) Auch wird ein Bauer, der einen Knaben in einem elektrisch betriebenen Heustapel zum Heustocken beschäftigt, wegen der Körperverletzung, die jener dabei erlitten hatte, zur Verantwortung gezogen, da über den Artikel 339 Obligationenrecht gewisse Vorsichtsmaßnahmen auch einem Landwirt zuzumuten wären. Wenn das Bundesgericht in dieser Entscheidung anfänglich auch mit dem vorangegangenen Tun arbeitet, so begründet es seine Ansicht auch mit gewissen beruflichen Pflichten eines Landwirtes, die bestehen, selbst wenn sie nicht legalisiert sind.

Im Endergebnis ist also festzustellen, daß beide obersten Gerichtshöfe auch dann, wenn eine Rechtspflicht aus Gesetz nicht vorliegt, im gegebenen Falle eine sittliche Pflicht unter peinlicher Berücksichtigung der einzelnen Umstände dartun und von ihr die Widerrechtlichkeit einer tatbesstandsmäßigen Unterlassung abhängig machen.

IV. Die Rechtspflicht aus Vertrag.

1. Als zweite wichtige Gruppe hat man als mögliche Bedingung für die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Unterlassung die besondere Rechtspflicht aus Vertrag aufgestellt[155]), die auch in der Schweiz vertreten wird.[156]) Darunter zählt man die Übernahme einer Handlungspflicht aus Rechtsgeschäft[157]), durch konkludente Handlung[158]), durch Geschäftsführung ohne Auftrag[159]), durch Übernahme einer Handlung über den Vertrag hinaus[160]) und durch Beruf.[161]) Auch hier ist Schaffstein als Wortführer beizu-

154) BGE 57, II, 196 ff., 206.

155) Mezger, Lehrb. S. 141; v. Hippel, a. a. O. S. 162.

156) Hafter, Allg. Teil, S. 70; v. Cleric, Betrug, S. 82; Gland, a. a. O. S. 59.

157) RG 10, 100.

158) Frank, a. a. O. S. 18.

159) RG 50, 37; v. Hippel, a. a. O. S. 162; Traeger, a. a. O. S. 96.

160) RG 17, 226.

161) Kissin, a. a. O. S. 114.

stimmen, wenn er die Rechtsgeschäftstheorie, ebenso wie die Pflichten aus den Zivilgesetzen, als „Musterbeispiel eines abstrakten Normativismus" für die willkürliche Übertragung insbesondere schuldrechtlicher Begriffe auf einen völlig andersgearteten Bereich der Rechtsordnung kennzeichnet.[162]) Vielmehr sind diese Pflichten ebenfalls wie jene aus den Zivilgesetzen auf den Abschluß eines Vertrages gerichtet, also auf eine Wirkung zwischen zwei Parteien, und haben nichts mit der strafrechtlichen Relevanz zu tun.[163]) Deshalb ist der Hinweis zutreffend, daß ein zivilistisches Gebot sich nur auf vermögensrechtliche-Erfolge beziehe.[164]) Es muß auch strafrechtlich unerheblich sein, ob dem Verletzten ein zivilrechtlicher Anspruch zustand oder nicht.[165]) Auf die Bedenklichkeit, die zivilrechtliche Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes auch strafrechtlich zu erfordern, wurde schon früher hingewiesen.

Folgendes Beispiel[166]) soll dies veranschaulichen: Ein Geisteskranker schließt mit einem Bergführer einen Vertrag ab, wonach dieser mit ihm eine Bergtour unternehmen soll. Unterwegs verläßt der Bergführer den Geisteskranken, was zur Folge hat, daß dieser umkommt. Soll hier nun wirklich der Bergführer nicht wegen Tötung, begangen durch Unterlassung, bestraft werden können? Wenn das BGB die Rechtsgeschäfte eines Geisteskranken für nichtig erklärt, so geschieht dies aus dem Grunde, um ihn vor Verbindlichkeiten zu schützen. Es handelt sich also um eine Schutzvorschrift zugunsten des Geisteskranken. Diesem Schutzgedanken würde es aber geradezu widersprechen, wenn man jetzt im Strafrecht wegen der Nichtigkeit des Vertrages die Strafbarkeit des Unterlassenden verneinen würde. Die Gültigkeit eines zivilrechtlichen Vertrages kann also für die Begründung einer Rechtspflicht eines erfolgverursachenden Unterlassungsdeliktes nicht wesentlich sein. Sonst müßte z. B. auch mit der Aufhebung eines Vertrages ex tunc die auf die Verletzung einer Vertragspflicht gegründete Strafbarkeit entfallen. Auch wäre es gro-

162) Schaffstein, Unterlassung, S. 79; zustimmend Nagler, a. a. O. S. 36.
163) Hans-Jürgen Bruns, a. a. O. S. 265.
164) Nagler, a. a. O. S. 22.
165) Drost, a. a. O. S. 13.
166) Stucke, a. a. O. S. 16.

tesk, wollte man von der Nichterfüllung eines Versprechens die Strafbarkeit eines Mörders beispielsweise abhängig machen.

So sind die besonderen Rechtspflichten aus Vertrag wie der damit zusammenhängenden Pflichten deshalb abzulehnen, weil sie ebenso wie die Zivilgesetze nichts über die strafrechtliche Erheblichkeit auszusagen vermögen.

2. Wegen dieser theoretischen Unzulänglichkeit der formellen Rechtspflichttheorie ist nun die Rechtspflicht aus Vertrag ebenfalls erweitert worden. Zur Begründung hat man sich darauf berufen, daß ebenso wie hinter dem Gesetz so auch hinter dem Vertrag der materielle Kern der Rechtspflicht immer mehr hervortrete.[167]) In diesem Zusammenhang hat man auch die privatrechtliche Rechtsstellung ein völkisches Amt genannt.[168]) Für die Rechtspflicht aus Vertrag ist die Erweiterung im Gebiet des materiellen Unrechts in den Prinzipien von Treu und Glauben zu sehen, die nicht nur ins deutsche Strafrecht, sondern auch in das der Schweiz in reichlichem Maße Einzug gefunden hat. Die Grundsätze von Treu und Glauben sind beim Vertragsabschluß dann zu berücksichtigen, wenn eine Aufklärungpflicht besteht. Im wesentlichen, und in der Schweiz ausschließlich[169]), kommen dabei die schon im Zivilrecht entwickelten Grundsätze zur Anwendung. Dies liegt daran, daß das Bundesgericht nur eine sehr geringe Kompetenz in Strafsachen hat und das Schweizer Bundesstrafrecht erst 1942 in Kraft tritt. Wenn von Cleric meint[170]), daß die Regeln von Treu und Glauben im großen und ganzen auch im Strafrecht zu gelten haben, so setzt er sich über die strafrechtliche Rechtswidrigkeit hinweg, als deren unabdingbarer Annex die Rechtspflichten zum Handeln zu betrachten sind. Da man aber auch in der deutschen Rechtspflichttheorie Handlungspflichten aus den Zivilgesetzen entnimmt, ist der von Cleric vorgeschlagene Weg, in Zivilent-

167) Dahm, a. a. O. S. 176.

168) derselbe, S. 173.

169) v. Cleric, Leitfaden, S. 101 Nr. 211; „Im übrigen zitiere ich diese zivilrechtlichen Auslassungen des Bundesgerichtes über den sogenannten negativen Betrug mit voller Absicht, denn sie haben im großen ganzen auch für den strafrechtlichen Betrug zu gelten."

170) v. Cleric, Leitfaden, S. 101.

scheiden eine Stellungnahme erkennen zu können, nicht von der Hand zu weisen. Die Tatsache, daß es keine besondere Verkehrsauffassung im Strafrecht gibt, läßt dieses Vorgehen nicht rechtfertigen, vielmehr kann es nur der Fall sein, weil die Kausalität im Zivil- und Strafrecht gleichermaßen eine juristische ist, zu der die in der Rechtspflicht aus Treu und Glauben enthaltenen Momente eine Bedingung darstellen. Burchardt bezieht sich[171]) bei der Aufzählung einer Kasuistik der Aufklärungspflicht beim Vertragsschluß ebenfalls auf die zivilistische Praxis, indem er anführt, daß solche Tatsachen mitzuteilen seien, die für den Entschluß des Vertragsgegners beim Abschluß des Vertrages von Erheblichkeit seien[172]), ferner solche Tatsachen, die sich auf die Wertschätzung des Kaufgegenstandes bezögen, es sei denn, daß diese vom Vertragsgegner selbst festgestellt werden könne.[173]) Verschärft werden diese Rechtspflichten bei Geschäften, die auf besonderem gegenseitigen Vertrauen beruhen. In seiner strafrechtlichen Rechtsprechung hat das Reichsgericht nun in seinen frühesten Entscheidungen[174]) eine Rechtspflicht aus § 242 BGB angenommen, während es späterhin gegenteiliger Auffassung wurde.[175]) Erst neuerdings hat es wieder daran angeknüpft. Das Reichsgericht sagt so ausdrücklich:[176]) „Das Gebot, Treu und Glauben zu beachten, ist aber nicht auf Vertragsverhältnisse beschränkt, sondern es enthält einen unser ganzes Recht beherrschenden Grundsatz, der insbesondere auch im Strafrecht Berücksichtigung zu beanspruchen hat. Darüber, wann ein Verschweigen gegen Treu und Glauben verstößt, lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen ... Fordere Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nach der Auffassung aller billig und gerecht Denkenden über das, was sittlich erlaubt und erträglich ist, eine bestimmte Tatsache zu offenbaren, so besteht eine Rechtspflicht zur Offenbarung und nicht nur für das bürgerliche Recht, sondern auch für das

171) a. a. O. S. 39 ff.
172) RGZ 95, 60.
173) RGZ 111; 69, 15.
174) RG 12, 395.
175) RG 14, 310; 41, 373.
176) RG 70, 151, insbesondere 156.

Strafrecht." Wenn auch die Anzeigepflicht nach diesen Grundsätzen nicht generell bestimmbar ist, so kann sie doch für den Einzelfall festgestellt werden. Diesen Standpunkt vertritt auch das Bundesgericht und führt schon im 15. Bande aus[177]), daß „nicht nur, wer einen Irrtum durch Täuschung erst erregt, sondern auch wer einen bereits bestehenden fremden Irrtum ausbeutet, während er nach Treu und Glauben zu dessen Aufklärung verpflichtet wäre, betrügerisch handelt". Diese Ansicht wird auch späterhin wiederholt.[178]) Trotzdem aber haben sich an beiden obersten Gerichten gewisse Richtlinien herausgearbeitet, um Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Aufklärungspflicht nach Treu und Glauben für die Einzelfälle zu geben. Bei einem einfachen Schuldverhältnis ist danach der Schuldner grundsätzlich nicht verpflichtet, dem Gläubiger seine Vermögenslage zu offenbaren, es sei denn der Schuldner wurde von dem Gläubiger zur Auskunftserteilung aufgefordert.[179]) Ebenso ist auch der Käufer nicht verpflichtet, den Verkäufer über seine finanzielle Lage aufzuklären.[180]) Vielmehr muß das Schuldverhältnis besonders geartet sein. Eine solche Qualifikation kann in einem Bürgschaftsverhältnis liegen, in welchem der Gläubiger mit dem Bürgen verhandelt und ihn dabei über die finanzielle Lage des Hauptschuldners zu unterrichten unterläßt. Wenn auch das Bundesgericht auf der einen Seite hierbei an dem Ausgangspunkt festhält[181]), „daß der Gläubiger in der Regel nicht gehalten ist, auch den Bürgen vor Eingehung der Bürgschaft über die finanziellen Verhältnisse des Hauptschuldners zu unterrichten", so erachtet es eine Aufklärungspflicht dann für gegeben, „wenn der Gläubiger weiß, daß der Bürge bei Kenntnis des wirklichen Sachverhaltes die Bürgschaft nicht eingehen würde".[182]) Dies ist nichts anderes als der dolus-Einwand, der in einer anderen Entscheidung mit

177) BGE 15, 833.

178) BGE 40, II, S. 612.

179) Praxis, 2 Nr. 366.

180) BGE 23, 190. „Il n'existe, d'une maniere générale aucune obligation pour l'acheteur de renseigner le vendeur sur la situation de fortune."

181) BGE 25, II, S. 569 ff., 574; 57, II S. 276 ff.; 59, II S. 242 = Praxis 2, Nr. 49; Pr. 4, Nr. 41; Pr. 20, 108; Pr. 22 Nr. 129.

182) BGE 59, II, 242 = Pr. 22 Nr. 129.

folgenden Worten zum Ausdruck kommt: „mais il y aura dol lorsque, sachant que la caution ne garantirait pas si on lui rélévait l'état de choses réel le créancier le lui laisse ignorer et lui présente, dans l'intention de surprendre sa bonne fois, un acte qui semble donner l'image de l'obligation entière du débiteur, alors que ce n'est pas le cas."[183]) Steht also dem Schweigen der Einwand des dolus entgegen, ist eine Verpflichtung zur Aufklärung gegeben. Aus diesem Grunde wird in dem oben angeführten Falle von einem sous-directeur de la Banque populaire suisse verlangt, die Kunden über den bevorstehenden Zusammenbruch der Bank aufzuklären, eine Auffassung, die auch das Reichsgericht hinsichtlich der Verpflichtung einer Bank geäußert hat.[184]) Die besonderen Einzelumstände für eine Aufklärungspflicht des Gläubigers sind aber nicht nur bei dolus gegeben, sondern vor allem auch dann, wenn der Bürge ein guter Bekannter, ein Berufskollege des Schuldners gewesen ist.[185]) Eine Aufklärungspflicht ist also an das Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses gebunden. Ein solches kann auch bei einem Kreditgeschäft vorliegen, braucht es aber nicht unbedingt zu sein. Deshalb hat das Reichsgericht einen Kreditbetrug nur dann als gegeben erachtet[186]), wenn die Vermögenslage des Darlehnssuchers Gegenstand der Verhandlung gewesen ist und die Vermögenslage desselben stark gefährdet oder überaus unsicher war. Ebenso ist der Wechselakzeptant verpflichtet, seine Vermögensverhältnisse zu offenbaren.[187]) Eine solche Pflicht ist auch dann zu folgern, wenn zwei Personen bei einer Bank einen gemeinsamen Kredit aufnehmen, um damit ein gemeinsam zu betreibendes Unternehmen zu eröffnen, und der eine die Absicht verschweigt, einen Teil des eröffneten Kredites für persönliche Zwecke zu verbrauchen.[188]) Danach besteht also eine Aufklärungspflicht, wo mehrere Per-

183) BGE 58, II S. 276 ff .

184) RG 70, 45.

185) RG in JW 34, 1418.

186) RG, Urt. v. 15. 12. 30, zit. bei Wachinger Nr. 2.

187) Vgl. auch RG 58, 244.

188) RG 65, 109 im Gegensatz zu RG 41, 376 und den Kommentaren von Ebermayer, § 263, 2 b, Frank, § 263, II, 3, Olshausen, § 263, 13 b vertretenenen Meinungen.

sonen Geld zu einem gemeinsamen Zwecke zusammenlegen, sich an einem gemeinsamen Unternehmen beteiligen, gegen Gewinnbeteiligung einander kreditweise Geld zur Verfügung stellen.[189]) Diesen Grundsätzen vermag das Bundesgericht hinsichtlich von Geschäften an der Börse nicht zu folgen. Es sagt:[190]) „Eine Rechtspflicht zur Mitteilung kann in Fällen, wie in dem vorliegenden, um so weniger bestehen, als man es mit Verkäufen von Wertpapieren an der Börse zu tun hat, welche Verkäufe sich für das nämliche Papier innerhalb eines größeren Personenkreises regelmäßig wiederholen, und zwar gewöhnlich kommissionsweise zwischen Parteien, die einander persönlich nicht nahetreten . Hier den Käufer zur Klarlegung der Sache zu verhalten, würde den börsenmäßigen Umsatz der Papiere in einer mit den gerechten Bedürfnissen unverträglichen Weise hemmen." So schließen also das Spekulationsmoment und die Tatsache, daß die Parteien persönlich sich nicht nahetreten, die Offenbarungspflicht aus. Wie sehr auch das Spekulationsmoment und das mangelnde persönliche Interesse der Parteien zueinander sich entsprechen, um so bezeichnender ist es, daß das Bundesgericht das Fehlen der persönlichen Beziehung und Fühlungnahme herausgestellt hat. Dies läßt den Schluß zu, daß es bei Vorliegen einer solchen persönlichen Beziehung der Parteien eine Offenbarungspflicht grundsätzlich erfordert. Ein solches persönliches Treueverhältnis sieht von Cleric verletzt[191]) in „dem gewissenlosen Spekulieren und Ausbeuten zum Nachteile des Genossen, Schutzbefohlenen oder Anvertrauenden". Mit dem Reichsgericht seien, so führt er aus, besondere Umstände zur Offenbarungspflicht in Vertrauensverhältnissen, wie den Gesellschaftsverträgen (185), Dienstverträgen (186), bei Vormündern, Güterpflegern und dem Bankier (191) gegeben, worauf auch Klee[192]) schon hingewiesen habe. So wird also nicht nur in Deutschland, sondern auch in der Schweiz die Vertragspflicht auf die Fälle einer Handlungspflicht aus Treu und Glauben ausgedehnt.

---

189) Burchardt a. a. O. S. 50.
190) BGE 41, II S. 571 ff.
191) a. a. O. Betrug, S. 179.
192) Die Strafbarkeit der Insichgeschäfte, S. 106, 115.

V. Die Ablehnung der materiellen Theorie der Rechtspflicht aus Gesetz und Vertrag.

Mit den erweiterten Rechtspflichten aus Gesetz und Vertrag sind die Prinzipien Feuerbachs, daß nur dann zu bestrafen sei, wenn es im Gesetz vorgeschrieben sei, verlassen, so daß die alte Kontroverse, die nach der Aufklärungszeit im formalistischen Sinne gelöst worden ist und in der Fassung des alten § 2 StGB ihren Niederschlag gefunden hatte, wieder neu aufgeworfen worden ist. Damit ist aber noch nicht, wie Nagler meint, „unser Strafrecht zur Rechtsstufe der vorliberalen Zeit zurückgekehrt".[193]) Es sind nur die alten Schwierigkeiten, wo die Grenze der sittlichen Pflicht zu ziehen ist, erneut ans Tageslicht getreten. Deshalb hatte sich die bisherige Lehre, wenn auch ohne das Problem zu lösen, an den sich widersprechenden Formalismus gehalten und unter ausdrücklicher Betonung des Grundsatzes: nulla poena sine lege, die Einführung der Prinzipien von Sitte und Moral zurückgewiesen.[194]) Auch über § 826 BGB hatte sie eine Einführung der Sittenpflicht abgelehnt, da danach „die logisch vorhergehende Konstituierung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit" vorausgesetzt werde.[195]) So nennt auch Mezger noch in seinem Lehrbuch[196]) die Einführung einer Sittenpflicht „eine ungerechtfertigte Ausdehnung des Kreises der Unterlassungsverbrechen", denn aus dem „Wesen der Ehe", der „Stellung des Ehemannes als Haupt der Gemeinschaft" und dem unklaren Gedanken des Hausrechtes" ergäben sich keine Erziehungspflichten im Rechtssinne. Auch Frank[197]) erblickt in der Vernachlässigung einer durch das Sittengesetz gebotenen Pflicht nicht die Begründung einer strafrechtlichen Haftung. Dieser Formalismus stellt ein altes Gedankengut dar, das

193) a. a. O. S. 40.

194) Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 73/4; Frank, a. a. O. S. 19; Mezger, Lehrb. S. 130; Traeger, a. a. O. S. 77, der darauf aufmerksam macht, daß bei § 826 immer ein Vermögensschaden eingetreten sein muß; v. Hippel, a. a. O. S. 166.

195) Schaffstein, Unterlassung, S. 84 Anm. 14.

196) Mezger, Lehrb. 139/140.

197) a. a. O. § 1, IV.

Kreß mit folgenden Worten zum Ausdruck bringt:[198]) Nam in aliis delictorum speciebus nuda scientia et prohibitionis omissio, non sufficiunt ad reatum. In der Schweiz[199]) ist das heute ebenfalls noch die herrschende Ansicht. Daß sich aber für die Einbeziehung der sittlichen Pflichten einleuchtende Gründe[200]) ins Feld führen lassen, wird allerdings nicht zu bestreiten sein. Dies getan zu haben, ist das Verdienst nicht nur der Rechtslehre, sondern auch — wenn zunächst nur indirekt — des Reichsgerichts. Deshalb ist die Feststellung zutreffend, daß sich Recht und Sittlichkeit wechselseitig durchdringen müssen; wenn es auch sittliche Grundsätze gibt, die strafrechtlich indifferent sein mögen.[201]) Das wichtigste Ergebnis dieser Auseinandersetzung ist aber, daß sich Recht und Sittlichkeit nicht wdersprechen, weshalb insoweit den Auswirkungen der Lehre Feuerbachs nicht mehr beizupflichten ist. Was unsittlich ist, kann niemals rechtlich sein. Diese Annäherung von Recht und Moral ist aber erst dem Willensstrafrecht möglich gewesen.[202]) Wie sehr auch an dieser Tatsache insbesondere im nationalsozialistischen Staate nicht zu rütteln ist, so können dabei doch Schwierigkeiten auftreten. Im folgenden Bespiel soll gezeigt werden, daß auch heute noch die Frage, welche sittlichen Pflichten strafrechtlich relevant sind, nicht so ohne weiteres feststeht: wer mit einer Andersrassigen verkehrte, konnte bis zur ausdrücklichen gesetzlichen Regelung durch die Nürnberger Gesetze wegen Rassenschande nicht bestraft werden, weil es an einer diesbezüglichen Gesetzesvorschrift fehlte. Eine Bestrafung auf Grund des gesunden Volksempfindens und der im Parteiprogramm geforderten Grundsätze ohne eine solche Vorschrift hätte zweifellos gegen das Führerprinzip verstoßen. Die Gründe ergeben sich daraus, daß hier eine gesetzliche Bestimmung absichtlich nicht ge-

198) a. a. O. zu Art. 112 § 4 Note 3.

199) Hafter, Allg. Teil S. 70; v. Cleric, Leitfaden, S. 101; Bader, a. a. O. S. 42; a. A. Pfister, a. a. O. S. 20.

200) Dahm, a. a. O. S. 166.

201) Sauer, in DStrR 1934, S. 179; Kohlrausch ZAkDR 39, S. 246. Damit soll nicht behauptet werden, daß Recht und Moral sich stets restlos deckten oder decken müßten.

202) Schaffstein ZStW 55, 19.

troffen wurde, weil eine Bestrafung zu außenpolitischen Schwierigkeiten zu führen drohte, die den Vorteil einer Bestrafung noch nicht auszugleichen schienen. Hier zeigt sich, daß der Richter im Sinne der materiellen Gerechtigkeit der gesetzlichen Regelung nicht vorgreifen darf, da er sonst gegen die Ziele der staatspolitischen Führung verstoßen würde, die er als Richter gar nicht in der Lage ist, zu übersehen.[203]) Die Methoden, dieses Problem zu lösen, sind nicht einfach.[204]) Wenn man sich lediglich auf den Standpunkt stellt[205]), „Recht" sei hier nicht nur die formelle Verpflichtung aus dem „Gesetz", sondern auch außerhalb des Gesetzes liegende Pflicht, so bleibt man damit nur bei einer Behauptung. Es ist weiter nichts als die „Fiktion"[206]), daß die haftungsbegründende Pflicht eine rechtlich begründete sein müsse. Ganz richtig bemerkt Drost[207]), daß es unlogisch sei, daß bei Verletzung von Pflichten, welche nur sittliche und nicht mindestens auch rechtliche sind, eine Bestrafung nicht erfolgen könne, da Strafe eine Rechtsfolge sei. Erst dadurch, daß das Gesetz einen Tatbestand mit einer Straffolge versehe, mache es denselben zu einem rechtlich erheblichen. Nur durch die Tatsache, daß dabei sittliche Pflichten in einen juristischen Tatbestand einbezogen würden, könnten dieselben zu Rechtspflichten werden. Soviel steht demzufolge fest, daß Sittenpflichten nur dann in Betracht kommen, wenn sie als Rechtspflichten begründet werden können.[208]) Es ist damit aber noch nicht gesagt, **wann** eine sittliche Pflicht als eine solche Rechtspflicht zu begreifen ist. Das Reichsgericht spricht deshalb nur von einer Möglichkeit, aus den Grundsätzen von Treu und Glauben z. B. Offenbarungspflichten abzuleiten[209]), und es ist deshalb gehalten, die Entscheidungen darüber nur

---

203) Stucke, S.

204) Kohlrausch, ZAkDR 39, S. 246: „Aber das ist kein besonderes Unterlassungsproblem, sondern das Problem des Strafrechts schlechthin, das vielleicht überhaupt unlösbar ist ..."

205) Mezger, Grundriß, S. 52.

206) Dohna, DStrR 1939, S. 143.

207) a. a. O. S. 34.

208) Dohna, DStrR 1939 S. 141.

209) RG 69, 87; 70, 16; 47, 68.

von den jeweiligen Umständen abhängen zu lassen.[210]) Wenn aber das Reichsgericht selbst keine Regeln zu nennen vermag, sieht man deutlich, in welchen Schwierigkeiten die Wissenschaft und Praxis sich hier befindet. Die Beachtung z. B. der Regeln des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs ist nur ein spärlicher Anhaltspunkt, ebenso die Tatsache, daß der Geschädigte selbst die im Geschäftsverkehr zu erwartende Sorgfalt außer Acht läßt oder sein eigenes Interesse frivol vernachlässigt.[211]) Deshalb ist methodisch der Vorschlag Mezgers besser[212]), neben dem gesunden Volksempfinden als Sittenpflicht den Grundgedanken eines Tatbestandes zur Abgrenzung derselben zu Hilfe zu nehmen. Dies wäre durchaus im Sinne des § 2 n. F. StGB. Den gleichen Weg deutet auch Niethammer an.[213]) Wie man aber die sittliche Pflicht an den Grundgedanken eines Tatbestandes knüpfen will, dessen Vorliegen wegen der Prüfung der Frage der Rechtspflicht ja noch nicht feststeht, ist unerklärlich. Es würde also eine den Erfolg herbeiführende Tätigkeit vorausgesetzt, ehe im Anschluß daran die Frage der Rechtspflicht erörtert wird.[214]) Nun soll aber doch die Tätigkeit bzw. der verletzte Tatbestand erst bestimmt werden. Deshalb kann Mezger nicht gefolgt werden. Lehnt man aber diese Konstruktion ab, so bleibt es bei der oben aufgezeigten „Gefahr des Fallrechtes".[215]) Diesen Mangel erkennt auch die amtliche Strafrechtskommission und glaubt nun mit dem geforderten Vorliegen der Täter- bzw. Teilnehmereigenschaft, also den personalen Beziehungen des Täters zur Tat, das Kriterium, ob eine sittliche Pflicht rechtserheblich ist, gefunden zu haben. Daß damit die „Gefahr des Fallrechtes" nicht gebannt ist, bedarf an dieser Stelle keiner näheren Erörterung. Es ist nun nicht zuviel behauptet, wenn man aus diesen Untersuchungen resigniert die Folgerung zieht, daß eine exakte Bestimmung der Fälle, in denen die Sittenpflicht zur Rechtspflicht zu er-

210) Dohna, DStrR 1939, 143.

211) Weitere Beispiele bei Dohna, ebenda.

212) Leitfaden, 1936 S. 44 und in ZStrW 57, 684.

213) a. a. O. S. 138: „Die Rechtspflicht kann aus sinngemäßer Auslegung des Gesetzes gefunden werden."

214) Drost, a. a. O. S. 50.

215) Dahn, a. a. O. S. 170.

heben ist, schlechterdings nicht möglich ist. Wegen ihrer praktischen Unverwertbarkeit muß man daher zu dem Ergebnis kommen, daß die sittliche Pflicht als ein generelles Rechtspflichtkriterium abzulehnen ist, wenn sie auch im Einzelfalle für die Unterlassung eine entscheidende Bedeutung hat. Damit sollen nun nicht etwa die Erkenntnisse zurückgewiesen werden, daß das Recht der Sitte nicht zu widersprechen brauche. Dies ist nicht nur vom strafrechtlichen Standpunkt aus vertretbar, sondern vor allem ein rechtspolitisches Postulat! Übergesetzliche Begriffe können also bei der Rechtswidrigkeit der Unterlassung keine andere Rolle spielen als bei der Rechtswidrigkeit der Handlung. Rechtspflichten zur Bestimmung der Tatbestandsmäßigkeit als „doppelte Widerrechtlichkeit" über ihr Maß auszudehnen, führt nur zu unerwarteten konstruktiven Schwierigkeiten, die das Unterlassungsproblem nur komplizierter machen. Aus diesen Gründen ist die Lehre von der materiellen Rechtspflichtwidrigkeit auch ihrem Inhalte nach abzulehnen.

VI. Die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun.

Das vorangegangene Tun hatte sowohl die formelle als auch die materielle Rechtspflichttheorie zu einem Kriterium gestempelt, bei dessen Vorliegen die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Unterlassung als gegeben betrachtet wurde. Wenn auch mit der vorangegangenen Handlung früher fälschlicherweise der Nachweis der Ursächlichkeit der Unterlassung geführt wurde, worauf in einem anderen Zusammenhang noch eingegangen wird, so half diese Lehre dennoch der Wissenschaft und Praxis, manches unbillige Ergebnis der Rechtspflichttheorie zu überwinden. Dieser Rechtsgedanke ist deutschrechtlich[216]) und wurde von Stübel zum ersten Male ausgebaut.[217])

---

216) Nagler, a. a. O. S. 26 Note 60.

217) Stübel, Über den Tatbestand der Verbrechen, S. 15; Über die Teilnahme, S. 61.

1. Das vorangegangene Tun aber als Rechtspflicht zum Handeln aufzustellen, ist vom Standpunkt der formellen Rechtspflichttheorie auf jeden Fall ein Monstrum, denn dieser Satz ist weder mittelbar noch unmittelbar in einem Gesetz geregelt. Um den positivistischen Normativismus[218]) nicht verlassen zu müssen, war er bekanntlich in die Entwürfe von 1925 und 1927 aufgenommen worden. Sonst aber hat die herrschende Lehre diesen Rechtssatz nur als ein Gewohnheitsrecht rechtfertigen können.[219]) Die Versuche, über § 276 BGB[220]) oder über Analogie[221]) vorzugehen, sind wenig bedeutend. Auch unter dem Hinweis auf seinen öffentlichen Charakter[222]) wird das vorangegangene Tun als ein Gewohnheitsrecht nicht gerechtfertigt. Vielmehr sind an dieser Stelle dieselben Argumente wie oben[223]) gegen das Gewohnheitsrecht als Rechtspflicht anzuführen. Daraus folgt, daß diese Pflicht methodisch als eine formelle Rechtspflicht gar nicht bestehen kann.[224]) So sind die Bedenken Franks „hinsichtlich der behaupteten Allgemeingültigkeit" dieses Satzes gerechtfertigt.[225]) Trotz der guten und praktisch verwertbaren Entscheidungen, die mit Anwendung des vorangegangenen Tuns als Rechtspflicht zum Handeln gefunden worden sind, ist dieser Rechtssatz immer ein — wenn auch willkommener — „Lückenbüßer" gewesen.[226]) Deshalb war man sich hinsichtlich der Einzelbegrenzung der Fälle gleichfalls nie ganz einig. Stübel klammert sich so ängstlich an eine strafbare oder wenigstens rechtswidrige Handlung an.[227]) Hinsichtlich einer rechtmäßigen Handlung aber gehen die Ansichten auseinander. Die einen lehnen in diesem Falle die Verpflichtung zum Handeln mit der

---

218) Georgakis, a. a. O. S. 21.

219) Traeger, a. a. O. S. 104; Frank, a. a. O. § 1 IV; Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 180 Anm. 17; Drost, a. a. O. S. 17; RG 46, 337, 58, 244.

220) v. Hippel, a. a. O. S. 164 Note 1.

221) Finger, I, 192.

222) Drost, a. a. O. S. 17/18.

223) Vgl. oben S. 27/28.

224) Hellmuth Mayer, Lehrb. S. 176.

225) Frank, a. a. O. § 1 IV.

226) Dahm, a. a. O. S. 178.

227) Über die Teilnahme, S. 61 f.

Begründung ab[228]), daß der Verletzte in solchen Fällen selbst verpflichtet sei, die Verletzung und deren Folgen zu tragen. Leider wird diese Ansicht nicht näher begründet. Die Berechtigung zum Nichthandeln ließe sich m. E. nur damit erklären, daß einem rechtmäßig Handelnden nicht zugemutet werden könnte, den Erfolg zu verhindern. Zutreffend legt Drost[229]) bei einer rechtmäßigen Vorhandlung die Handlungspflicht als eine Verkehrspflicht dar. Diese seine Ansicht hält er auch für den Fall einer vorausgegangenen Notwehrhandlung mit der Begründung aufrecht, daß, wenn nach Abschluß der vorausgegangenen Notwehrhandlung der Betroffene durch die angewandte Verteidigung vielleicht lebensgefährlich verletzt sei, zur Abwendung dieser Gefahren nach dem gesunden Volksempfinden auch eine Pflicht für den rechtmäßigen Verteidiger bestehe. Ist es doch auch nach einem bestandenen Kampf im Kriege (der ebenfalls rechtmäßig ist) die vornehmste Pflicht, selbst die kampfunfähigen Feinde zu retten! Auch hinsichtlich des Schuldelements bestehen bei dem vorangegangenen Tun Bedenken, mag auch die herrschende Lehre[230]) bei einer unbewußten Herbeiführung der Gefahr eine Verpflichtung anerkennen. So äußert doch Frank[231]), daß die Anerkennung der Rechtspflicht zur Annahme eines dolus subsequens führen könne. Da aber Schuld im Rechtssinne nur für die Straftat selbst in Betracht zu ziehen ist, kann diesen Erwägungen nicht beigetreten werden.[232]) Daß die Vorhandlung zumeist auch mit dem Vorsatz der Verletzung begangen wird, ändert daran nichts. Vor allem aber darf die Vorhandlung nicht mit der Unterlassung selbst auf die gleiche Stufe gestellt werden. Läßt sich für die Unterlassung dem Täter die Schuld nicht mehr nachweisen, so ist er straffrei. Durch den zur Zeit der Vorhandlung herrschenden Vorsatz ist diese nicht zu ersetzen.

---

228) Liszt-Schmidt, § 32 C III, 3; v. Hippel S. 166 Anm. 7; Mezger, Lehrbuch, S. 147.

229) a. a. O. S. 21; desgl. Mezger, Lehrb. S. 147 und Dohna, Aufbau, S. 30.

230) Mezger, Lehrbuch, S. 147; v. Hippel, ZStW 36, 514; Traeger, a. a. O. S. 99.

231) Frank, § 1, IV 2; Liszt-Schmidt, § 32.

232) v. Hippel, a. a. O. S. 165 Anm. 6.

Leider hat dieser Zusammenhang nur zu oft dazu geführt, die Unterlassungen wegen der Vorhandlung als einen Teil dieser Vorhandlung unter dem Gesichtspunkt der Begehung zu betrachten. Die Vorhandlung muß als eine in die Richtung der Unterlassung weisende Tätigkeit auch dann, wenn sie mit der Unterlassung so ziemlich gleichzeitig läuft, genau von derselben getrennt werden und kann deshalb niemals als Handlung im Sinne der delicta commissiva betrachtet werden. Leider ist gerade beim Betrug, begangen durch Unterlassung, dieser Gesichtspunkt nur selten an der maßgeblichen Stelle geprüft worden. So führt z. B. von Cleric aus, daß Schweigen nichts für sich allein Bestehendes sei, der Täter vielmehr neben dem Schweigen regelmäßig etwas Positives begehe (Vertragszustand). Diese positiven Momente (= Vorhandlung) verbänden sich mit dem sie begleitenden Schweigen zu einem einheitlichen Ganzen.[233]) Fraglich erscheint dann, wozu noch die Begehung des Betruges, begangen durch Unterlassen, untersucht wird, wenn die dem Schweigen vorausgehenden positiven Momente die Hauptsache des strafrechtlichen Verhaltens ausmachen. Es kann aber kein Zweifel darüber bestehen, daß Unterlassung und das ihr vorausgehende positive Tun voneinander zu trennen sind, da sonst von Unterlassungen überhaupt nicht mehr gesprochen werden kann. Der Mangel dieser Scheidung liegt m. E. auch in der Annahme des dolus subsequens. Ist die Vorhandlung aber fahrlässig begangen (fahrlässige Brandstiftung im Frank-Fall), könnten m. E. diese Bedenken überhaupt nicht Platz greifen, da in diesem Falle für die darauffolgende Unterlassung mindestens dieselbe Schuldform anzunehmen ist. Die dafür angestellten Untersuchungen, ob in diesem Falle die Handlungspflicht wegen Selbstbezichtigung zu verneinen ist[234]), gehen aber deshalb fehl, weil eine solche nur die Schuld des Unterlassenden ausschließen, niemals aber die objektive Widerrechtlichkeit der Unterlassung in Frage stellen könnte.

2. Über all diese Bedenken kommt die materielle Rechtspflichttheorie hinweg, da nach ihr das vorangegangene

---

233) Betrug, S. 72.

234) Drost, a. a. O. S. 20.

Tun nach übergesetzlichen Maßstäben zu bestimmen ist[235]) und so z. B. damit begründet wird, daß es nach seinen generellen Tendenzen der staatlichen Gemeinschaft mehr schadet als nützt. Der Umstand, daß die Abwendung schädlicher Erfolge von der Rechtsordnung allgemein nicht geboten werden kann, bringe es mit sich, daß die hier in dem Rechtswidrigkeitsurteil liegende Bewertung an das dem Nichttun vorausgehende aktive Verhalten anknüpfen müsse.[236]) Bei dieser materiellrechtlichen Betrachtung wird auf den Willensentschluß des Täters keine Rücksicht genommen. Deshalb unterscheidet das Reichsgericht, das für diese Lehre als Schrittmacher anzusprechen ist, nicht, ob die Gefahr eine rechtmäßige[237]), eine rechtswidrige[238]) oder strafbare[239]) Handlung erzeugt oder ob die Lage erst im Laufe der Weiterentwicklung der Verhältnisse eine Gefahrsituation heraufführte, schuldlos[240]) oder schuldhaft[241]) geschaffen war. Die praktischen Erwägungen, denen das Reichsgericht hier zweifellos nachgegangen ist, um eine brauchbare Entscheidung zu finden, haben auch die schweizerische Rechtsprechung[242]) und Rechtslehre[243]) zu einer weitgehenden Annahme des Grundsatzes der vorangegangenen gefährlichen Handlung veranlaßt. So nennt von Cleric[244]) auch Fälle des Kreditbetruges unter diesem Gesichtswinkel. Wenn beispielsweise ein Mieter, so führt er aus, — anfänglich ohne jede dolose Absicht — mit derartigem Aufwand und derart großartiger Aufmachung aufgetreten sei, daß der Vermieter annehmen könne, einen durchaus solventen Mieter zu haben, und ihm deshalb der Mietzins kreditiert werden könne, derselbe aber trotz plötzlicher Änderung seiner finanziellen Situation ruhig in der luxuriösen Wohnung ver-

235) Sauer, Grundlagen, S. 460; Kissin, a. a. O. S. 105; Dahm, a. a. O. S. 178; Hellmuth Mayer, Lehrb., S. 176; Georgakis, a. a. O. S. 21.

236) Kissin a. a. O. S. 105; Sauer, Unterlassung, S. 216.

237) RG 11, 154; 46, 343; 51, 12; 68, 104 und s. u. Seite 102.

238) RG 18, 98; 24, 133 ff., 340; 37, 168; 38, 125.

239) RG 57, 196; 60, 77.

240) RG 14, 363; 24, 339; 46, 343; 58, 255; 70, 225.

241) RG 58, 246.

242) BGE 22, 564; 24, II, 211.

240) Thormann-Overbeck, S. 64; Hafter, Allg. Teil, S. 70.

244) Betrug, S. 140.

bliebe, so sei der Mieter wegen dieses vorausgegangenen Tuns strafbar. Ebenso nennt auch Pfister[245]) das vorangegangene Tun nur einen „Notbehelf, der seine guten Dienste leistete zu einer Zeit, da man dem ungesetzten Recht jeden Einfluß im Strafrecht glaubte versagen zu müssen". Auf der anderen Seite hält Hafter[246]) die Rechtspflicht zu einer „komplementären Tätigkeit" (Stooß) aus sittlichen, d. h. übergesetzlichen Grundsätzen, für unsicher.

Wegen der oben aufgezeigten Schwierigkeiten ist es unmöglich, das vorangegangene Tun als ein Rechtspflichtkriterium zu bezeichnen. Der wissenschaftliche Streit und die eindeutige Haltung der Rechtsprechung in beiden Ländern zeigt das praktische Bedürfnis der Verwendbarkeit eines solchen Satzes. Unter welchen Gesichtspunkten aber das vorangegangene gefährliche Tun für die Unterlassung Bedeutung gewinnt, ist in einem anderen Zusammenhange[247]) zu erörtern.

VII. Einschränkungen der Rechtspflichten.

Daß sich die Rechtspflichttheorie bei ihren wissenschaftlichen Ergebnissen nicht ganz wohlgefühlt hat, zeigen die vielen Einschränkungen der Rechtspflichten aus Gesetz und Vertrag wie auch des vorangegangenen Tuns.

1. Als klassischer Vertreter der Rechtspflichttheorie hat Traeger[248]) die „besondere" Rechtspflicht noch vom Vorliegen einer speziellen Voraussetzung abhängig gemacht.[249]) Den Anlaß dazu hat das in § 139 StGB enthaltene Gebot der Verbrechensanzeige gegeben. Denn bei Gleichwertigkeit der aus diesem Gebot folgenden Rechtspflicht mit einer anderen „besonderen" Rechtspflicht hätte das Vorliegen des § 139 StGB und, wenn der Erfolg eingetreten war, wegen des diesen Erfolg enthaltenen Deliktes bestraft werden müssen. Da aber die

245) a. a. O. S. 30.

246) Allg. Teil, S. 70.

247) vgl. unten S. 75, 86/87.

248) a. a. O. S. 70 ff., insbesondere S. 77; heute wieder erwähnt bei Nagler, a. a. O. S. 22 und Roeder, a. a. O. S. 9.

249) ebenso Nagler, a. a. O. S. 20.

herrschende Lehre auf dem Standpunkt stand und auch heute noch denselben vertritt, daß der Sinn des § 139 StGB sei, gerade nur wegen der unterlassenen Anzeige zu strafen und nicht wegen des eingetretenen Erfolges, mußte die Gleichwertigkeit dieses Gebotes mit den anderen besonderen Rechtspflichten verneint werden. Mit der daraus gefolgerten Spezialität der Rechtspflicht ist auch das Problem, ob der Gesetzgeber überhaupt einfache Unterlassungen zu einem Tatbestand machen soll, aufgeworfen, vor allem aber die sich anschließende Frage, welche Stellung im bejahenden Falle die Normen der einfachen Unterlassungen zu den erfolgverursachenden Unterlassungen haben sollen, d. h. die Frage der Konkurrenz. Da eine Erörterung dieser Frage den Rahmen der augenblicklichen Untersuchung sprengen würde, ist darauf erst später einzugehen.[250])

2. Eine andere Meinung[251]) stellt darauf ab, daß eine Rechtspflicht nur dann als besondere Rechtspflicht die unrechtsindizierende Wirkung der tatbestandsmäßigen Unterlassung auslösen könne, wenn diese Pflicht auf die Erfolgsabwendung abgerichtet sei. Anfänglich wird diese Erfolgsabwendungspflicht zu einer Pflicht zum bloßen Tätigwerden in den Gegensatz gesetzt.[252]) Später jedoch wird sie ebenfalls zur Lösung der Frage, ob auch eine Pflicht aus § 139 StGB z. B. als Rechtspflicht für die unterlassene Verbrechensabwehr anzusehen ist, herangezogen. Es ist zweifellos das Verdienst Georgakis'[253]), festgestellt zu haben, daß man von den Erfolgsabwendungspflichten solche Rechtspflichten unterscheiden muß, die den Sinn des Einsatzes nur helfender Kräfte haben, wenn auch schon früher die Ansicht mit der Begründung geäußert wurde[254]), daß ein Gebot zur Begründung

---

250) vgl. unten S. 94 ff.

251) Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 553 Anm. 3; E. Schmidt, Der Arzt, S. 80, 81 Anm. 4; Mezger, Lehrb. S. 141; derselbe, Grundriß, 1938, S. 52; Burchardt, a. a. O. S. 36, 37; Kissin a. a. O. S. 30, 100; Nagler, a. a. O. S. 19; Hafter, Allg. Teil, S. 70.

252) wogegen sich E. Schmidt wendet, Der Arzt, S. 81 N. 45.

253) a. a. O. S. 22 f., 29.

254) Burchardt, S. 37.

der Rechtswidrigkeit nur dann genüge, wenn es gerade den Erfolg verhindern oder dasjenige Rechtsgut schützen solle, dessen Verletzung auch gerade durch diesen strafrechtlichen Tatbestand verhindert werden soll. Damit ist aber die Rechtspflichttheorie auch nicht zu retten. In Wirklichkeit stellt diese Beschränkung der Rechtspflicht auf die Fälle der Erfolgsabwendung nichts anderes dar als eine Verweisung auf die Tatbestandsmäßigkeit. Denn ein Erfolg ist strafrechtlich nur dann erheblich, wenn er zu einem strafrechtlichen Verhalten gehört, d. h. Teil des objektiven Tatbestandes ist. Schränkt man aber die Rechtspflicht auf die Fälle des tatbestandsmäßigen Erfolges ein, so muß man sich fragen, weshalb man die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Unterlassung von einer in dieser Weise beschränkten Pflicht abhängig machen will, welche doch eine zusätzliche Bedingung zur Feststellung der Rechtswidrigkeit sein sollte. Wenn die Bedingung aber denselben Inhalt hat wie die von ihr abhängig gemachte Folge, kann man nicht mehr von einer Bedingung sprechen. Es ist deshalb die Erfolgsabwendungspflicht methodisch als Rechtspflichttheorie trotz ihres Ausbaues erst in jüngster Zeit abzulehnen. Dies fühlen sowohl E. Schmidt als auch sein Schüler Georgakis. Denn es fragt sich trotz allem noch: **Wann** ist eine Erfolgsabwendungspflicht und **wann** nur eine Hilfepflicht gegeben? Während die Hilfepflicht nur bei Gegebenheiten des Zufalles vorliege, wie E. Schmidt ausführt, sei eine Erfolgsabwendungspflicht nur dann gegeben, wenn der Verpflichtete auf einem besonderen Posten gestanden habe, von dem eine Abwehr „nach den Erfahrungen und Grundsätzen des jeweils maßgebend heranzuziehenden Wissens- und Erfahrungsgebietes" erwartet wird.[255]) Unter diesem besonderen Pflichtverhältnis werden namentlich Vertrauensverhältnisse und Berufspflichten verstanden. Dabei stellt es Dahm auf das völkische Amt ab.[256]) Der Eigentümer, der Hausbesitzer, der Jagdberechtigte und der Tierhalter hätten eine besondere Pflicht zu erfüllen und seien unter Umständen auch für den Erfolg verantwortlich. Sie müßten so eventuell wegen Tötung bestraft werden. Auch in der schweizer

255) Georgakis, a. a. O. S. 30.

256) Dahm, a. a. O. S. 174, s. auch unten S.

Literatur haben die Berufspflichten weitgehend Eingang gefunden.[257]) So hält Hafter gegenüber der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun den Hinweis auf Amts-, Berufs- und andere speziell gebotene Pflichten für tauglicher. Er denkt dabei insbesondere an die Verpflichtung eines Arztes, in seiner Berufseigenschaft eine Operation auch dann kunstgerecht zu Ende zu führen, wenn er sie nicht vertraglich übernommen hatte.

Trotz der Brauchbarkeit dieser Bestimmungen bleibt es aber offen, wann und welche Berufspflichten die Rechtspflicht zum Handeln abgrenzen können. Auch kann ein soziales Interesse nur kasuistisch festgestellt werden, und man muß bei der Abgrenzung der Fälle besonders vorsichtig sein.[258]) Deshalb ist auch diesem Vorschlag systematisch nicht zu folgen, denn man kann sich auf der anderen Seite auf den berechtigten Standpunkt stellen, daß in unserem nationalsozialistischen Staat und insbesondere zu Kriegszeiten jeder auf einem solchen sozialen Posten stehe.

3. Mit diesen Ausführungen ist auch der Vorschlag Naglers, die Rechtspflicht zu begrenzen, verwandt. Dadurch, daß das Gesetz in den Fällen, wo es auch einmal die Passivität ausdrücklich als tatbestandsmäßige Handlung ausnahmsweise nenne, den Unterlassenden besonders, nämlich als Garanten kennzeichne, sei zu folgern, daß der Unterlassende auch in den anderen, im Gesetz nicht aufgezählten Fällen dieselbe Stellung einnehmen müsse.[259]) Mit der erforderlichen Garantiefunktion, die der Betreffende ausfüllen müsse, werden nach Naglers Meinung[260]) die speziellen Rechtspflichten einer notwendigen Auslese unterworfen, werden unbeachtliche gesetzliche Handlungsgebote aus dem privaten und öffentlichen Recht wie auch die reinen Hilfepflichten ausgeschlossen, wird damit eine „festumrissene und inhaltliche genau begrenzte" Rechtspflicht aufgestellt. Zutreffend bemerkt hierzu Dahm[261]),

---

257) Hafter, Allg. Teil, S. 70; Pfister, a. a. O. S. 32.
258) Georgakis, a. a. O. S. 22.
259) Nagler, a. a. O. S. 61.
260) derselbe, S. 65 f.
261) a. a. O. S. 139.

daß es eine Tautologie sei, wenn man unter einem Garanten verstehe, wer dafür zu sorgen habe, daß ein bestimmter Erfolg nicht eintrete, denn damit werde nur gesagt, wer für den Nichteintritt des Erfolges einzustehen habe. Es bleibe also auch hier noch die eigentliche Frage offen, **wann** der Garant für den Erfolg einzutreten habe. Die Theorie Naglers ist daher kein geeignetes Mittel, die alte Rechtspflichttheorie wieder zu beleben, denn wann eine Garantiefunktion vorliegt, hat auch Nagler nicht angeben können. Versteht aber Nagler[262]) unter der zu verletzenden Garantiefunktion im Gegensatz zur Rechtswidrigkeit nur eine allgemeine Pflichtwidrigkeit, die „dem Rechtsgenossen bestimmte Funktionen im Rechtsleben zuweist und ihm damit einen besonderen Vertrauensposten überträgt" und nicht ein bestimmtes Pflichtenverhältnis, so ist darunter systematisch nichts anderes zu verstehen als die der Rechtswidrigkeit zugrundeliegende allgemeine Pflichtenlehre, die aber auch bei einem positiven Tun vorliegt. Auch insoweit wäre Nagler nicht beizutreten.

4. Nicht etwa der Bedeutung halber, sondern nur der Vollständigkeit wegen soll noch die Ansicht erwähnt werden, die sowohl die Rechtspflicht aus Vertrag als auch die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun auf die Fälle der Gefahrlage zu beschränken vorschlägt (s. schon S. 45)[263]), eine Meinung, die für das vorangegangene Tun auch in der Schweiz[264]) vertreten wird. Unverständlich bleibt aber[265]), warum bei schon vorhandener Gefahr eine Handlungspflicht abgelehnt wird. In dem Fall[266]), wo „A den ihm fremden B in der kalten Winternacht unterwegs findet und mit sich nimmt, um ihn zur Wache zu bringen, dann aber liegen läßt, so daß B erfriert", kann m. E. doch sowohl dahingestellt bleiben, ob die Gefahr des Erfrierens schon vorher bestand, als auch ob die Gefahr des Erfrierens dadurch vergrößert wurde, daß A den B auf eine ungeschützte freie Stelle brachte. Vielmehr kommt es für das Nichthandeln

---

262) Nagler, a. a. O. S. 81.

263) Mezger, Lehrb., S. 144, 149; Kissin, a. a. O. S. 111; Schmidt (1932), S. 190; Drost a. a. O. S. 25, 26.

264) v. Cleric, Betrug, S. 85, 138 ff.

265) ebenso Klee in GA 62, 421 gegen Sauer, Grundlagen, S. 452, 461.

266) Sauer, Grundlagen, S. 461.

des A nur darauf an, daß er von der Gefahr Kenntnis hat, und sein Nichthandeln objektiv als ein den Erfolg verursachendes Verhalten beurteilt wird. Inwieweit allein der schon bestehende Zustand dem A anzurechnen ist, hängt nur von der Frage ab, ob sein Nichthandeln als erhebliche Bedingung betrachtet werden kann, ist also eine Frage des objektiven Tatbestandes. Auf dem Gebiete der Rechtspflicht ist für diese Abwägung kein Platz. Der an sich richtige Hinweis auf die Gefahrslage zeigt vielmehr einen anderen Weg an. Unwillkürlich muß auch diese Theorie es hierbei auf die Lage des einzelnen Falles abstellen[267]) und vermag keine allgemeinen Regeln zu nennen. Wenn die Gefahrslage zur Erforschung der erfolgverursachenden Unterlassungsdelikte auch eine bedeutende Rolle spielt, was später zu zeigen sein wird[268]), bietet eine darin liegende Rechtspflicht also wegen ihres Abstellens auf einzelne Fälle keine systematische Stütze.

VIII. Der Vorschlag Schaffsteins.

Diese Unzulänglichkeit der Rechtspflichttheorie, die, wie eben gezeigt wurde, sich dahin ausgewirkt hat, daß man trotz überwiegenden Festhaltens an gesetzespositivistischen Formeln zu materiell gerechten Entscheidungen gelangte, wird von der Strafrechtskommission mit der Tätereigenschaft zu lösen versucht, von deren Vorliegen die Rechtswidrigkeit einer Unterlassung abhängig gemacht wird. Folgende Formulierung ist dem zukünftigen § 13 zu entnehmen:

„Dem Handelnden steht der Unterlassende gleich, wenn dieser zur Abwendung des Erfolges verpflichtet war und wenn er nach gesundem Volksempfinden als Täter oder Teilnehmer verantwortlich ist.“[269]) Ihre frühesten Anregungen erhielt die Lehre vom Täter von Eric Wolf[270]) und ist dann von Schaffstein, Dahm, Freisler[271]) und Kohl-

267) Mezger, Lehrb. S. 146; Niethammer, a. a. O. S. 449.

268) vgl. unten S. 75.

269) zit. aus Schaffstein, Unterlassung, S. 71.

270) Krisis, S. 36.

271) in Gürtner-Freisler, „Das neue Strafrecht“, 1936, S. 89/90.

rausch[272]) weitergebildet worden.[273]) Hinsichtlich der Unterlassungsdelikte hat diese Lehre nun die Gleichstellung von Tun und Unterlassen von zwei Erfordernissen abhängig gemacht: 1. dem Vorliegen einer Pflichtverletzung, 2. daß der Unterlassende nach dem gesunden Volksempfinden als Täter erscheint.[274])

1. Was die Pflichtverletzung anbetrifft, setzt sich der Entwurf in beabsichtigten Widerspruch zur formellen Rechtspflichttheorie, denn er fordert nicht die Verletzung einer Rechtspflicht, sondern einer Pflicht schlechthin. Nach Schaffstein genügt daher eine Pflicht, die sich aus der völkischen Sittenordnung ergibt, und zwar auch dann, wenn diese Pflicht irgendeine positiv rechtliche Festlegung nicht erfahren hat.[275]) Das lebendige Gewissen eines innerhalb der völkischen Art als vorbildlich gefundenen Volksgenossen sei maßgeblich. Nur aus diesem Grunde erkläre sich die rechtliche Natur z. B. einer Verpflichtung aus vorangegangenem Tun, nicht aber mit der herrschenden Lehre aus Gewohnheitsrecht.[276]) Ehe aber auf eine nähere Besprechung der allgemeinen Pflichtwidrigkeit eingegangen werden kann, muß der alte Fehler, die Pflichtwidrigkeit mit der Kausalität zu vermengen, zurückgewiesen werden, der in folgendem Satz anklingt: „Obwohl nun aber die Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens eine allgemeine Voraussetzung für seine Bewertung als Verbrechen ist, so wird doch andererseits gerade durch sie der Unterschied zwischen kausalem Unterlassen und kausalem Tun begründet"[277]), ferner auch darin: „Der kommittierende Täter hebt sich nämlich von allen denen, die es nicht sind, eben durch seine Verursachungshandlung ab, der omittierende tut es gerade nicht, und so gibt es kein anderes Mittel, ihn herauszufinden, als auf die Pflicht der Verhinderung abzustellen."[278]) Die Pflicht zum Handeln kann niemals für die Kausalität ausschlaggebend sein, weder

272) StGB 1937 S. 45.
273) vgl. Mezger, ZStW 57, 768.
274) statt aller Schaffstein, Unterl. S. 71, 95.
275) wie Fußnote 251.
276) Schaffstein, Unterlassung, S. 74.
277) Schaffstein, Unterlassung, S. 100.
278) Dohna, DStrR 1939 S. 142.

für eine strafrechtliche und erst recht nicht für eine naturalistische. Die „kausale" Unterlassung, bei der eine „Verursachungshandlung" (naturalistische) fehlt, wird strafrechtlich hinsichtlich ihres Zusammenhanges von Nichttun und Erfolg in derselben Weise bewertet wie die Handlung. Diese Bewertung kann durch die Pflichtwidrigkeit keine Unterscheidung erfahren, sie muß vielmehr in beiden Fällen eine strafrechtliche sein, um sich in dieser Wertung gerade von den anderen Disziplinen (naturwissenschaftlichen, philosophischen, religiösen) zu unterscheiden. In der Hauptsache bekämpft aber Schaffstein die „Rechts"pflicht deshalb, weil sie im Gegensatz zu dem auf dem Gemeinschaftsgedanken aufgebauten Recht immer auf einen verletzten Schutzwert bezogen werde und so auf die im Erfolgstrafrecht entwickelte Rechtsgutslehre hinweise. Diesen Bedenken ist mit Recht Klee entgegengetreten[279]), der ausführt, daß, wenn schon von einer Pflichtverletzung gesprochen wird, dieselbe ohne Beziehung auf den verletzten Schutzwert gar nicht gedacht werden könne. Dieser Meinung hat sich neuerdings auch Hellmuth Mayer angeschlossen.[280]) Klee führt aus, daß sogar, selbst wenn die Richtigkeit des Gedankens der Pflichtverletzung unterstellt werde, es auf dieselbe bei den Amtsdelikten, deren Akzent schon nach geltendem Recht auf dem Pflichtverletzungsgedanken liegen solle, letzten Endes nicht ankomme. Denn primär liege in diesem Falle die Reinheit des Amtes im Interesse aller, die Verletzung der Amtspflicht aber erscheine nicht um ihrer selbst willen strafbar, sondern eben aus der Notwendigkeit heraus, ein möglichst reibungsloses Funktionieren des staatlichen Apparates zu garantieren.[281]) Das Willensstrafrecht habe nämlich die Aufgabe, den Schutz der verletzten Interessen und Güter durch Vorverlegen der Verteidigungslinie des strafenden Staates in das Stadium einer deutlichen Entäußerung des verbrecherischen Willens weiter auszubauen, als dies mit dem Erfolgsstrafrecht hätte erreicht werden können. Um diesen Schutz aber zu ermöglichen, sei das Willensstrafrecht keineswegs an den Begriff der Pflichtverletzung gebunden. Wenn

279) DStrR 1936, S. 2 ff.
280) DStrR 1938, S. 98.
281) Klee, DStrR 1936, S. 4.

dennoch an einer allgemeinen Pflichtverletzung festgehalten wird, um den Unterschied zwischen Tun und Unterlassen zu finden, so bleibt dies insofern unverständlich, als die Pflicht auch nicht mit irgendeinem anderen bestimmten Begriff in Verbindung gebracht wird. Ist aber der Gedanke der Pflichtverletzung völlig farblos und ein allen, auch den Handlungen gemeinsamer Begriff, so kann er als Auswahlkriterium für rechtswidrige Unterlassung ebensowenig wie etwa der Bindingsche Ungehorsam gegen die Norm verwendet werden. Wegen ihres materiellen Unrechtsgehaltes weist Nagler mit Recht darauf hin[282]), daß das Erfordernis der allgemeinen Pflichtbegründung nichts anderes sei als die Wiederholung des allgemeinen Verbrechensbegriffes. „Jedes Verbrechen ist als Verstoß gegen die völkische Sittenordnung in irgendeiner Hinsicht Pflichtverletzung und deshalb ethisch niemals völlig indifferent." Diesen systematischen Vorwurf scheint sich Schaffstein auch zu machen, denn er fordert nur dort die Prüfung der Pflichtwidrigkeit, wo deren Diskrepanz zur Tatbestandsmäßigkeit besonders groß ist. Daß dies nun bei den Unterlassungsdelikten der Fall ist und der Richter deshalb ausdrücklich an eine sorgfältige Prüfung der Pflichtwidrigkeit durch Aufnahme derselben in den objektiven Tatbestand ermahnt werden müsse, scheint ihm eine Selbstverständlichkeit zu sein.[283]) Ein Grund, warum nun bei der Unterlassung gerade auf die Pflichtwidrigkeit zuzukommen ist, wird so nicht genannt. Die Einführung des Gedankens der Pflichtwidrigkeit ist bei der Unterlassung mit Nagler deshalb abzulehnen, weil sie also für die Unterlassung kein Unterscheidungsmerkmal gegenüber der Handlung darstellt.

2. Mit Hilfe der Tätereigenschaft als eines weiteren Kriteriums soll nun die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Unterlassung unterstützt werden. Mit Recht hat Drost insofern das Tätersymptom als ein Auswahlkriterium angefochten[284]), als man einen Unterlassenden nicht eher als Täter bezeichnen könne, bis nicht die Rechtswidrigkeit der von ihm begangenen Unterlassung feststünde. Die

282) a. a. O. S. 92.
283) Unterlassung, S. 101.
284) a. a. O. S. 45.

Tätereigenschaft wird nun aber deshalb gefordert, weil jene Gleichung von Täterschaft und vorsätzlicher Begehung der Tat — auch abgesehen von materieller Rechtswidrigkeit und Pflichtwidrigkeit — nur regelmäßig, nicht notwendig richtig sei.[285]) So bestehe auf der einen Seite eine Diskrepanz zwischen Tätertypus und Tatumschreibung, der durch die Schaffung des § 2 StGB abgeholfen worden sei, auf der anderen Seite umgekehrt eine Inkongruenz zwischen Tatumschreibung und Tätertyp.[286]) Gerade weil auf der Tatseite durch die Gleichung von rechtlicher und sittlicher Pflicht die Zahl der pflichtwidrigen Unterlassungen eine außerordentliche Aufspaltung erfahren müsse, sei es notwendig, auf der Täterseite eine Einschränkung zu machen, um eine unbegründete und ungerechtfertigte Vielbestraferei zu vermeiden.[287]) Für eine derartige Einschränkung der Tatumschreibung des Gesetzes wird insbesondere die Auslegung des viel zu weit gefaßten Erpressertatbestandes (§ 253 StGB), ferner §§ 266, 186, 259 StGB genannt.[288]) Dies sind m. E. ganz richtige Bedenken. Sie haben aber keinen entscheidenden Einfluß auf die Unterlassungsdelikte, denn jene Diskrepanz ergibt sich auch bei den Begehungsdelikten. Will man sie aber mit der Tätereigenschaft lösen, dann wäre die einzige Folgerung, die Tätereigenschaft ebenfalls für die Rechtswidrigkeit eines tatbestandsmäßigen Begehungsdeliktes zu verlangen. Daß dies im Ernst die Ansicht D a h m s nicht sein könne, z. B. den Diebstahl an die Voraussetzung zu knüpfen, daß der Täter „seinem Wesen nach Dieb" sei, ist von K l e e und anderen zu Recht bezweifelt worden.[289]) Kann aber die Rechtswidrigkeit eines Begehungsdeliktes nicht durch die Tätereigenschaft bestimmt werden, so ist für die Unterlassung ebenfalls keine besondere Veranlassung dazu gegeben. Besteht nun aber wegen der Ausdehnung der rechtlichen Pflichten eine Inkongruenz zwischen Tatumschreibung und Tätertyp,

---

285) Schaffstein, Unterlassungsdelikte, S. 103.

286) ebenda.

287) Schaffstein, DJ 1936 S. 769.

288) vgl. Fußnote 285 und Dahm, a. a. O. S. 143/4.

289) ähnlich Hellmuth Mayer, DStrR 1938, 102, der ebenso wie Schwinge-Zimmerl in Wesensschau (1939, 14, 54, 82) auch das Beispiel des Diebes bringt.

so kann auch hier nur wiederum auf § 2 n. F. StGB verwiesen werden. Die Möglichkeit, die Inkongruenz zwischen Tatumschreibung und Verbrechen ebenfalls durch Gesetzesauslegung zu regeln, den § 2 StGB also einschränkend anzuwenden, ist zwar bisher noch nicht durchgeführt worden. Vielmehr ist in § 2 StGB bisher nur die Regelung der Diskrepanz zwischen Verbrecher und Tatumschreibung gesehen worden, hat man seine Wirkung also nur extensiv bestimmt. Wenn man nun aber auf der einen Seite schon so weit geht und die Rechtspflichten nach materiellen Gesichtspunkten auswertet, dann muß man auch dazu bereit sein, den § 2 gegebenenfalls restriktiv anzuwenden. Man müßte dann zu dem Ergebnis kommen, daß nach dem Gedanken des Strafgesetzes in Verbindung mit dem gesunden Volksempfinden der Betreffende eine Strafe im gegebenen Falle nicht verdient habe. Daß eine derartige Konstruktion vertretbar ist, kann kaum angenommen werden. Es spricht dagegen dasselbe Argument, das man gegen die Anwendung der Tätereigenschaft für die Unterlassung anführen kann. Nämlich einmal wird mit Rücksicht auf das gesunde Volksempfinden der Pflichtenkreis erweitert, und ein andermal soll er zugunsten des Betroffenen mit Rücksicht auf die im gesunden Rechtsempfinden vorhandene Vorstellung vom Täter wieder eingeschränkt werden. Ein Teil dieser Einschränkung bedeutet auf jeden Fall einen Leerlauf für die Erweiterung der Rechtspflichten. So sieht man, daß durch die Lehre vom Täter die Unterlassung eine entsprechende Förderung nicht erfahren hat.

Außerdem aber bestehen hinsichtlich des Inhaltes der Tätereigenschaft eine Reihe von Bedenken. Man ist zwar der Meinung, daß der Täter der Schatten des Tatbestandes sei[290]), es gebe aber Fälle, wo eine geschlossene Tätervorstellung hinter dem Tatbestande nicht bestehe, so daß Täter dort nur sein könne, wer der Tatumschreibung als solcher entspreche.[291]) Der Richter müsse das kontrete Täterbild ganz allein aus dem Tatbestnade erschließen, denn der Täter könne nicht nach allgemeinen Regeln bestimmt werden. So sei er weder ein kriminologischer noch ein psychologischer Typus, vielmehr handele

290) Dahm, a. a. O. S. 151.
291) derselbe, S. 155.

es sich um einen Gesinnungstyp[292]), der nicht durch rationale Zweckmäßigkeitserwägungen begriffen werden könne. Einen Hinweis bildeten die Tatbestände, wo der Täter mit dem Hauptwort benannt sei, wie z. B. Verräter, Mörder, Brandstifter, Dieb usw. Da sich die Wesenhaftigkeit des Täters jeder rationalen Analyse entziehe, könnten nur Symptome dafür angegeben werden. Solche tätertypisierenden Umstände seien in der Gesinnung, der konkreten Art der Pflicht, den Beweggründen, der Art des Vorsatzes zu finden.[293]) Welche Schwierigkeiten hierbei entstehen können, läßt sich schon aus den eigenen Gedankengängen Schaffsteins entnehmen. Mit Recht stellt daher K l e e demgegenüber fest[294]), daß es nicht zutreffe, jedem gesetzlichen Tatbestand entspreche ein bestimmter Tätertypus, vielmehr könnten die meisten Delikte von sehr mannigfachen Arten von Tätern begangen werden, was auch D a h m insofern zugibt[295]), als man sich unter einem Wucherer oder einem Zuhälter verschiedene, voneinander abweichende Lebenserscheinungen denken könne. Nach Klee werden zutreffend umgekehrt alle diese Täterschaften durch den Tattypus zusammengehalten. Hinsichtlich der Bestimmung der Person des Täters durch den Richter äußert auch N a g l e r[296]) insofern Bedenken, als diese Fragen bisher ausschließlich der obersten Volksführung vorbehalten gewesen seien. Die „Zuflucht zum Sprachgebrauch" wird andererseits mit Recht als willkürlich bezeichnet[297]) und die Abgrenzung, ob der Unterlassende als Täter erscheine, als eine gefährliche, kaschierte Delegation an das Rechtsgefühl bezeichnet.[298])

Begreift man aber die oben zitierten, von Schaffstein aufgezählten Tätereigenschaften als Gründe einer entsprechenden Strafzumessung[299]), so hat man m. E. die Lehre vom Täter-

---

292) Schaffstein, Pflichtverletzung, S. 16, 20.

293) Schaffstein, DJ 1936, 768.

294) DStrR 1936, S. 6.

295) a. a. O. S. 155.

296) a. a. O. S. 111.

297) Klee, DStrR 1936, S. 7.

298) Drost, a. a. O. S. 1 ff., 30, 47.

299) Drost, a. a. O. S. 46; Nagler, a. a. O. S. 108; Klee, DStrR 1936, S. 15; Hellmuth Mayer, DStrR 1938, S. 105.

oder Teilnehmertypus an den richtigen Platz gestellt. Ob solche Straferschwerungs- bzw. Erleichterungsgründe die Strafbarkeit der Unterlassung beeinflussen können, soll am Ende der Arbeit beantwortet werden.[300]) Solange aber der Tätertypus als Gegensatz zum Tattypus so unsicher zu bestimmen ist, kann er auch hinsichtlich seines Inhaltes die Rechtswidrigkeit einer Unterlassung im Unterschied zur Handlung nicht charakterisieren.

300) vgl. unten S. 100.

§ 3. Die Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung.

I. Problemstellung und Definition.

Da nun u. E. weder die formelle noch die materielle Rechtspflicht noch die damit verbundene Täterschaftslehre geeignet ist, ein Merkmal für die Unterscheidung zwischen Handlung und Unterlassung zu finden, muß bei der Untersuchung von einer anderen Voraussetzung ausgegangen werden. Die Ergebnislosigkeit der Untersuchungen auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit läßt vielmehr den Schluß zu, daß der Unterschied der beiden Verhaltensformen in der Rechtswidrigkeit bzw. der Rechtspflichtwidrigkeit nicht liegen kann und daß das Verhältnis von Rechtswidrigkeit und Tatbestandsmäßigkeit hinsichtlich der Unterlassungdelikte nicht anders geartet ist als bei den Begehungsdelikten, daß also die Tatbestandsmäßigkeit bei den Unterlassungsdelikten jene unrechtsindizierende Funktion ebenfalls hat. Wenn auch die herrschende Lehre diesem nicht zu folgen vermag, so suchen doch Nagler[301]), Drost[302]), Hellmuth Mayer[303]), E. Schmidt[304]) und Kissin[305]) den Standort des Problems auch in der Tatbestandsmäßigkeit, eine Anschauung, die früher ebenfalls vom Reichsgericht[306]) vertreten wurde. Zutreffend hat Nagler festgestellt[307]), daß es nach Ausscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld zweifellos auf den Tatbestand im engeren Sinne ankomme, dessen Kernstück die Ausführungshandlung darstelle. Die Kommission durch Unterlassung könne nur

301) a. a. O. S. 51.
302) a. a. O. S. 6.
303) Lehrb. S. 175.
304) Der Arzt, S. 80.
305) a. a. O. S. 8, 10.
306) Bd. 10, 101.
307) Nagler, a. a. O. S. 52.

dann angenommen werden, wenn die Untätigkeit sich als eine solche Handlung im Sinne des Tatbestandes erweise. Nur um die Gleichstellung hinsichtlich dieses Punktes geht die Debatte[308]), denn nur in der Ausführungshandlung liege der Unterschied zu dem Begehungsverbrechen; Verursachen des Erfolges, Rechtswidrigkeit und Schuld verlaufe für beide Formen der Begehung gleichmäßig. Zum Nachweis dafür, daß eine solche Parallelisierung der Aktivität mit der Passivität gerade im Bereiche der Tatbestandshandlung liegt, bringt Nagler Beispiele aus dem Gesetz, in denen das unechte Unterlassungsdelikt im Tatbestand mitberücksichtigt wird, wie z. B. in § 223b StGB = mißhandelt oder durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für sie zu sorgen, sie an der Gesundheit schädigt; ferner §§ 121, 315 I, 318 II, I, 374 I, 354, 355 I, 357.[309])

Nicht nur der Tatbestandserfolg, sondern auch die Tatbestandshandlung sind als solche Merkmale des Tatbestandes. Es ist daher richtig, die Handlung in die Tatbestandsmäßigkeit einzubeziehen und derselben den richtigen Platz anzuweisen. Tatbestandsmäßigkeit liegt also dann vor, wenn der objektive Tatbestand erfüllt ist, d. h. wenn ein strafrechtliches Verhalten einen strafrechtlichen Erfolg verursacht hat. Die Tatbestandsmäßigkeit ist so ein Merkmal, das neben den anderen allgemeinen Merkmalen des Verbrechens steht.[310])

II. Der strafrechtliche Handlungsbegriff.

Ist hiernach die Lösung der Problematik der Unterlassungsdelikte in der Tatbestandsmäßigkeit zu suchen, so kommt es lediglich auf die Unterscheidungsmerkmale beider Verhaltensformen an.

1. Das strafrechtliche Verhalten setzt sich aus inneren und äußeren Merkmalen zusammen. Die inneren Merkmale sind bei der Unterlassung die gleichen wie bei der Handlung. Diese subjektiven Merkmale zerfallen notwendigerweise in zwei Ele-

308) derselbe, S. 54.
309) Nagler, a. a. O. S. 55.
310) Dohna, Aufbau, S. 2

mente: den Willen und dessen Voraussetzung, die Willensmacht.

Von letzterer ist deshalb besonders zu handeln, weil sie oft ganz übersehen wird und gerade bei den Unterlassungen eine besondere Rolle spielt. Für beide Arten des Verhaltens ist die Willensmacht die Voraussetzung: einmal, daß der Handelnde die Fähigkeit hatte, sich anders zu verhalten, andermal, daß der Unterlassende die Möglichkeit zur Vornahme einer Handlung hatte.[311]) Die Willensmacht ist also die Frage nach der Handlungsfreiheit.[312]) Daraus nun, daß die Möglichkeit zum Handeln nur bei den Unterlassungen zum Begriff derselben gefordert[313]), sie aber als eine entsprechende Eigenschaft der Begehungsdelikte nicht herausgearbeitet wurde, ist es erklärlich, daß Traeger, Kohlrausch und andere[314]) die Möglichkeit zum Handeln als eine Voraussetzung für die Kausalität der Unterlassung betrachten, indem behauptet wird, daß für den Erfolg nur die Unterlassung derjenigen Handlung kausal zu nennen sei, deren Vornahme dem Unterlassenden zur gegebenen Zeit und am gegebenen Ort möglich war. Diese Ansicht wird auch in der Schweiz geäußert; so definiert von Cleric[315]) die Unterlassung als die Nichtvornahme einer erwarteten, möglichen Handlung. Die Möglichkeit zum Handeln ist aber nur eine Frage der Handlungsfreiheit, die ebenso bei den Handlungen auftritt. Ferner glaubt man[316]) in der Willensmacht ein die Rechtspflicht einschränkendes Kriterium gefunden zu haben. Dieser Ansicht aber vermag deshalb nicht beigetreten zu werden, da entsprechenderweise bei den Handlungsdelikten eine Behinderung der Willensmacht niemals die (der Rechtspflicht gleichlaufende) Rechtswidrigkeit einzuschränken, sondern nur die Schuld auszuschließen vermag.

---

311) Kissin, a. a. O. S. 2; Traeger, a. a. O. S. 75; RG 58, 130.

312) Kissin, a. a. O. S. 2.

313) Mezger, Lehrb. S. 133; Schmidt (1932) S. 170 Anm. 2; Frank, § 1 IV; dagegen Sauer, Unterlassung, S. 213.

314) Traeger, S. 8, 9; Kohlrausch, StGB. 11; u. neuerdings in ZAkDR 39, S. 246; v. Hippel, a. a. O. S. 159.

315) Betrug, S. 51.

316) Drost, a. a. O. S. 23/24.

Die Handlungsfreiheit ist und bleibt ein inneres Merkmal des Tatbestandes.

Zuzustimmen ist daher der herrschenden Lehre insoweit[317]), als sie wegen einer sich irgendwie ergebenden Unmöglichkeit, zu handeln, eine Bestrafung wegen Unterlassung aus dem Grunde der Nichtzumutbarkeit verneint. So stellt auch das Reichsgericht aus dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung die Verpflichtung des Ehemannes zur Abwendung des unzüchtigen Treibens seiner Ehefrau in Abrede, wenn jener wegen der Auftritte seiner Frau sonst geschäftliche Verluste haben würde[318]) bzw. im Hinblick darauf, daß jener nicht zur Ehescheidungsklage gezwungen werden könnte.[319]) Hinsichtlich des Weges aber, den die Rechtsprechung und ein Teil der Rechtslehre[320]) dazu einschlägt, kann ihr nicht beigetreten werden. Sie schränkt nämlich mittels der Nichtzumutbarkeit — ebenso wie die oben angeführten Schriftsteller mittels der Möglichkeit zu handeln — die Rechtspflicht ein. Da die Nichtzumutbarkeit immer auf den einzelnen Fall hindeutet, also subjektiv ist, können damit die allgemeingültigen Regeln der Rechtswidrigkeit, insbesondere auch der Rechtspflichten, nicht beeinträchtigt werden.[321]) Die von Schaffstein geäußerte Auffassung[322]), daß die Pflichtwidrigkeit als die Vereinigung objektiver und subjektiver Gesichtspunkte zu betrachten sei, vermag daran nichts zu ändern. Denn die Nichtzumutbarkeit könnte so nur den einen Teil der Pflichtwidrigkeit einschränken, während der andere, objektive Teil unvermindert stehen bliebe. Mag der herrschenden Lehre zwar auch im Ergebnis zuzustimmen sein, so kann ihr systematisch jedoch nicht gefolgt werden. Es kann daher auch wegen des Vorliegens einer Nichtzumutbarkeit die Rechtspflicht weder ganz entfallen, noch schwächer werden.[323]) Ferner ist ebenfalls jede Objektivierung

317) Frank, § 1 IV; von Hippel, a. a. O. S. 166; Schaffstein, Unterlassung, S. 83, 100; Sauer, Grundlagene, S. 227; Liszt-Schmidt, S. 225, Anm. 5; Nagler, S. 82; Dahm, a. a. O. S. 181; Georgakis S. 12, 24.

318) RG 58, 98.

319) RG 58, 227.

320) Sauer, Unterlassung, S. 227; Dahm, a. a. O. S. 183.

321) so auch Georgikas, S. 26 und Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 225 Anm. 5.

322) Unterlassung, S. 100.

323) Dahm, a. a. O. S. 181.

der abzuwägenden Interessen zurückzuweisen.[324]) Richtig ist jedoch, daß Gegeninteressen, die zur Abwägung kommen, nicht irrelevant sein dürfen, wie z. B. in bestimmten Fällen die eigene Gesundheit einer Krankenschwester.[325]) Im Vordergrund muß immer die subjektive Seite der Willensmacht bleiben. Man kann daher die in § 330 c StGB aufgenommene Möglichkeit, zu handeln, einen gesetzlichen Fall der Nichtzumutbarkeit nennen, was zutreffend von Rutkowsky[326]) dargelegt, jedoch nicht ausgesprochen worden ist.

2. Wesentlicher jedoch für die inneren Merkmale des strafrechtlichen Verhaltens ist der menschliche W i l l e. Jedes Verbrechen ist Willensverwirklichung.[327]) Dieser Wille kann gerichtet sein entweder auf eine körperliche Betätigung oder auf die Vermeidung einer solchen. Tätigkeit wie auch Untätigkeit fallen aus dem Bereiche des strafrechtlichen Verhaltens heraus, wenn sie nicht auf einen menschlichen Willen zurückzuführen sind.[328]) Dieser Meinung ist man auch in der Schweiz. So versteht H a f t e r[329]) unter einer Handlung die motivierte Willensbetätigung in Körperbewegung und Körperruhe. Dies ist derselbe Wille, der sich schon in der Vorbereitungshandlung und in dem Versuch gezeigt haben kann. Wenn dieser Wille also bei beiden Erscheinungsformen derselbe ist, so sind ebenfalls die verschiedenen Ausdrucksformen dieses Willen: der Vorsatz, die Fahrlässigkeit und die Absicht, für beide Verhaltensformen die gleichen.

3. In den ä u ß e r e n Tatbestandsmerkmalen unterscheiden sich nun die beiden Verhaltensformen wie folgt: Auf der einen Seite steht ein Etwas, auf der andern Seite ein Nichts. Dies ist zwar nur eine naturalistische Feststellung, sie hat aber die gesamte Problematik der Unterlassungsdelikte zur Folge. Weitet man aber dieses einfache Nichtstun in ein „Etwas-nicht-Tun" aus[330]), so verwischt man m. E. jede klare Trennung, denn da-

324) Georgikas, a. a. O. S. 12.
325) Georgikas, a. a. O. S. 24.
326) DR 1939 S. 1041.
327) Liszt-Schmidt, a. a. O. § 30; Nagler, S. 1, 48.
328) Dohna, Aufbau, S. 5.
329) Allg. Teil, S. 67, Anm. 2.
330) Traeger, a. a. O. S. 7; Mezger, Grundriß, S. 51.

mit unterschlägt man den natürlichen Handlungsbegriff, den sich der strafrechtliche Handlungsbegriff notwendigerweise zum Ausgangspunkt nehmen mußte. Ob nämlich das natürliche „Nicht"-Tun auch ein juristisches „Etwas"-Tun ist, diesem also gleicherachtet werden kann, darum geht ja gerade die Frage. Begeht der Täter keine physische Bewegung, dann besteht zweifellos der genannte Unterschied zwischen Handlung und Unterlassung. Verbliebe man nun bei diesem „natürlichen" Handlungsbegriff, so hätte man, um denselben strafrechtlichen Erfolg zu sanktionieren, im Strafgesetzbuch neben jedem Handlungsdelikt noch ein bzw. mehrere entsprechende Unterlassungsdelikte kodifizieren müssen. Da dies aber an der Unmöglichkeit, genügend derartige Rechtssätze für die einzelnen Fälle aufzustellen, scheiterte, ist man von diesem natürlichen zum strafrechtlichen Handlungsbegriff übergegangen, in dem naturalistisch „scheinbar Heterogenes" vereinigt wurde. Die Tatsache, daß es einen solchen strafrechtlichen Handlungsbegriff gibt, ist nun schon die Antwort auf die Frage, ob Handlung und Unterlassung gleichstehen. Sie stehen deshalb gleich, weil sie beide ein gleichmäßig gewertetes strafrechtliches Verhalten darstellen. In beiden Fällen wird geprüft, was jeweils den sozialen Sinn des fraglichen Verhaltens ausmacht.[331]) Zutreffend ist zwar die Feststellung Hellmuth M a y e r s [332]), daß schon der naive Lebenssprachgebrauch nicht immer zwischen positiver Körperbewegung und Nichtbewegung unterscheidet. Daraus aber den Schluß zu ziehen, daß alle, auch der Untätige, handeln und nicht unterlassen, erscheint nicht sachgemäß, denn der naive Lebenssprachgebrauch macht sehr wohl einen Unterschied zwischen „Tätigkeiten" und „Untätigkeiten", und zwar deshalb, weil er aus der ihm allein gegebenen naturalistischen Vorstellungswelt entstammt. Auch haben bis vor nicht allzu langer Zeit selbst Wissenschaftler noch um die Vorstellung gerungen, ob ein derartiges (naturalistisches) Nichts etwas (Strafrechtliches) bewirken könne. Dieser naturalistischen Vorstellungswelt muß jede philosophische Disziplin notwendigerweise entgegenstehen. Nur durch das Neben- und Gegeneinander dieser Kagetorien ist überhaupt eine

331) E. Schmidt, Der Arzt, S. 79.

332) Lehrbuch, S. 213 ff.

„Problematik" der Unterlassung verständlich. Hätte man nämlich von vornherein nur einen nach dem Strafrecht eingerichteten Sprachgebrauch, wäre die Bildung des fraglichen strafrechtlichen Handlungsbegriffes nicht notwendig. Die Herausbildung dieses strafrechtlichen Handlungsbegriffes läßt sich an der historischen Entwicklung nachweisen. So ist z. B. in dem Entwurf eines schweizerischen StGB vom Jahre 1896[333]) die juristische Gleichstellung von Handlung und Unterlassung in den Art. 1 ausdrücklich aufgenommen. Er lautet: „Strafbar ist nur, wer eine Handlung begeht, die gesetzlich mit Strafe bedroht ist. Die Unterlassung wird der Handlung gleichgestellt." Eine derartige Kodifizierung befindet sich ebenfalls in den schweizerischen kantonalen Strafgesetzbüchern von Luzern (§ 1), von Schaffhausen (§§ 1 und 2), von Aargau (§ 1) und Thurgau (§ 1).[334]) Daß dies unnötig ist, hebt Hafter zutreffend hervor.[335]) „Mit Recht ist daher die ausdrückliche Sanktion dieses Prinzips in den neuesten Vorentwürfen unterblieben."[336]) Um nun die Gleichstellung von Handlung und Unterlassung für die Tötungshandlung ausdrücklich hervorzuheben, erwähnen die schweizerischen kantonalen Strafgesetzbücher von Graubünden (§ 101), von Aargau (§ 109), von Bern (§ 129), von Luzern (§ 160), von Obwalden (art. 46), von Glarus (§ 95,) von Schwyz (§ 56) und von Zug (§ 70) die Tötung, begangen durch Unterlassung, besonders, namentlich im Falle der Kindestötung.[337]) Einen Sinn hätte eine derartige Herausstellung dann, wenn die unterlassene Kindestötung milder bestraft würde[338]), wie dies in der germanischen Gesetzgebung allgemein der Fall ist. Zweifellos aber ist dies nicht in den Gesetzbüchern erforderlich, die unter romanischem Einfluß stehen, wo der Satz des art. 300 des französischen StGB gilt: „L'infanticide est le meutre ou l'assassinat d'un enfant nouveau-né." Die entsprechenden Artikel der schweizerischen Kantone von Waadt (art. 218), Wallis (art. 221) und Genf (art.

333) a. a. O. S. 2, 3.
334) vgl. Hafter, Allg. Teil, S. 72, und Stooß, Schweizer.StGB S. 1—3.
335) Braendli, a. a. O. S. 75.
336) Allg. Teil S. 72.
337) Stooß, Grundzüge II S. 16.
338) ebenda, S. 18.

257) erübrigen sich daher.[339]) Bei den einzelnen Delikten hat man aber noch lange darum gekämpft, ob deren Unterlassung der Handlung gleichzustellen ist. Für den Betrug ist nach deutschem Recht die Begehung durch Schweigen herrschende Lehre geworden, während in Frankreich die Rechtsperchung und Rechtslehre unter den im Tatbestand des Art. 405 geforderten „manoeuvres frauduleuses" lediglich „des actes matériels, des faits extérieurs, des affirmations précises" versteht.[340]) In der Mitte hiervon steht die Meinung von Cleric's, die wie folgt zum Ausdruck kommt:[341]) „Denn in Wahrheit gibt es beim Betruge überhaupt kein „bloßes" Schweigen, da der Täter notwendigerweise etwas Positives tun oder doch zum mindesten in einem positiven Verhältnis zum Opfer stehen muß, sei es nur, um mit ihm in Beziehung treten zu können." Damit ist beim Betruge der Begriff der Unterlassung abgelehnt, weshalb man sich fragen muß, wie von Cleric dann überhaupt den Betrug, begangen durch Schweigen, behandeln konnte. Erklärlich werden die zitierten Ausführungen von Cleric's nur, wenn man sie vom französischen Rechtskreis als beeinflußt betrachtet. Soviel geht aber aus dieser dogmatischen Entwicklung hervor, daß sich die früheren Kodifikationen an den naiven Lebenssprachgebrauch gehalten haben, den erst die neuere Entwicklung überwunden hat. Wer aber behauptet, daß derjenige, der das Vorhandensein von Schwamm an einem Hause nicht mitteilt, auch insofern aktiv handele, als er damit das Nichtvorhandensein von Schwamm behaupte, übersieht[342]), daß auch im Zivilrecht durch die „konkludente" Handlung (das Schweigen) eine Gleichstellung von Aktivität und Passivität erfolgt ist. Es wird deshalb nochmals unterstrichen, daß sich aus dem natürlichen Handlungsbegriff der strafrechtliche erst herausgebildet hat. In diesem Sinne ist auch der an sich müssige Streit zu lösen, der die Frage zum Gegenstand hat, ob ein „Handeln" oder ein „Verhalten" Oberbegriff sei. Nach den obigen Ausführungen muß das „Verhalten" sowohl das

339) Hafter, Allg. Teil, S. 72.
340) zitiert nach Pfister, a. a. O. S. 13.
341) Betrug, S. 34.
342) Dahm, a. a. O. S. 160.

Handeln als auch das Unterlassen in sich begreifen.[343]) Dabei stehen sich Handlung und Unterlassung gleich, sind also koordiniert und nicht, wie Roeder meint[344]), subordiniert. Auch Hafter[345]) macht das Verhalten zum Oberbegriff. Ein ähnlicher Streit herrscht in der französischen Terminologie[346]) zwischen action, acte und fait, der von Garraud dahin gelöst wird, daß er acte zum Oberbegriff eines délit d'action und délit d'inaction macht. Aus diesen Untersuchungen ergibt sich, daß der Ansicht[347]) Drosts, der diese Gleichsetzung des Unterlassens mit der Handlung nur aus Gewohnheitsrecht folgert, nicht beigepflichtet werden kann. Denn damit wird die notwendigerweise durchgeführte systematische Überlegung aus dem Spiele gelassen. Auf der andern Seite aber macht sich eine besondere Behandlung der systematisch allein dastehenden Unterlassung erforderlich. Auch läßt diese Konstruktion offenbar werden, daß die Problematik der Unterlassung nicht erkannt worden ist. Denn das Gewohnheitsrecht, aus dem die Gleichstellung hergeleitet wird, macht Drost von Bedingungen abhängig, die sonst schon die Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung verlangt. So werden folgende Bedingungen aufgestellt:[348]) „(1.) Einmal ist ein solches Unterlassen einem deliktischen Tun gleichgestellt, ohne das der deliktische Erfolg nicht eingetreten wäre ... (2.) Eine weitere Voraussetzung, daß gewohnheitsrechtlich das Unterlassen dem Tun gleichgestellt wird, ist aber die, daß für den Unterlassenden eine Rechtspflicht zur Verhinderung des mit einer Verletzung des strafrechtlichen Gebotes eintretenden, tatbestandlich fixierten Erfolges besteht." Mit der ersten Bedingung wird aber weiter nichts als die Kausalität und mit der zweiten nur das Vorliegen des tatbestandsmäßigen Erfolges gefordert. Liegen beide vor, so ist aber nach der herrschenden Lehre Tatbestandsmäßigkeit gegeben. Die Unterlassung dann der Handlung noch gleichzustellen, müßte eine Selbstverständlichkeit sein.

---

343) so auch Sauer, Unterlassung, S. 207, und Frank, S. 12.

344) a. a. O. S. 27.

345) Allg. Teil S. 67.

346) zit. nach Hafter, Allg. Teil, S. 67 Anm. 2.

347) a. a. O. S. 5.

348) a. a. O. S. 5; die Sperrung ist durch den Verfasser erfolgt.

Leider kann sich Drost dazu nicht bereitfinden. Aus diesen Gründen ist er gezwungen, das besondere Delikt der „unterlassenen Schadensabwehr" aufzustellen. Mag nun Nagler auch recht haben[349]), daß bei Aufstellung eines delictum sui generis meist pessimistische Stimmung am Werke ist, so ist damit aber für Drosts Gedankengänge eine Erklärung noch nicht gegeben. Die Fehlerquelle liegt zweifellos in der Ignorierung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes. Nur so wird es auch verständlich, daß die weitere Differenzierung Drosts in der Luft hängt[350]), in der er für die vorsätzlich unterlassene Schadensabwehr eine höhere Strafe verlangt, bei Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Handlungspflicht eine Einschränkung vorschlägt, und in einem Vertrauensverhältnis ebenfalls einen Grund zur Strafverschärfung sieht. Aber auch in der schweizerischen Literatur wird die Unterlassung gelegentlich nur aus Analogiegründen der Handlung gleichgestellt. So sagt Mentha[351]) in dem Fall, wo die Mutter wegen Nichternährens ihres Kindes bestraft werden soll, von der Tötungshandlung: „Cela revient au même, mais quand nous disons que cela revient au même, nous déclarons par là que ce n'est pourtant la même chose. Il y a analogie, il n'y a pas identité." Er begründet seine Ansicht damit, daß „l'absence de cette activité aboutit au même résultat". Auch im Weichensteller-Fall sagt er[352]), um den Weichensteller, der das Zugunglück verursacht hatte, zu bestrafen: „Il faut donc trouver un acte positif dont on puisse dire coupable." Er glaubt das Problem damit gelöst zu haben, daß „le garde-voie s'empêche d'empêcher la catastrophe". Dies ist nichts anderes als eine Identifizierung der Unterlassung mit einem Willensentschluß. Daß aber jedes strafrechtliche Verhalten von einem menschlichen Willen abhängig sein muß, ist oben bereits dargelegt worden. Mentha will doch nicht etwa ableugnen, daß es im Strafrecht auch eine Unterlassung gibt? Dafür bedarf es aber eines weiteren Nachweises nicht. Sie ist wie die Handlung ein strafrechtliches Verhalten im engeren Sinne.

349) a. a. O. S. 114.
350) a. a. O. S. 51.
351) a. a. O. S. 11.
352) derselbe, S. 14.

Der herrschenden Lehre ist nun aber noch folgender Fehler nachzuweisen. Sie führt nämlich zur Begrüdung der Rechtspflichttheorie, wie oben ausgeführt wurde, an, daß die Rechtsordnung zwar allgemein verbieten könne, eine gefährliche Handlung zu unterlassen, nicht aber allgemein gebieten, eine nützliche Handlung vorzunehmen. So könne unmöglich an jedermann das Gebot erlassen werden, durch eigene Tätigkeit drohenden Schaden zu verhüten. Dies würde einen nicht abzusehenden Eingriff in die Handlungsfreiheit des einzelnen darstellen. Das ist aber ein Fehlschluß, da hier der Spieß umgekehrt wird. Der Gesetzgeber hat nämlich, wie die Begründung des Handlungsbegriffes gezeigt hat, die erforderlichen Gebotsnormen deshalb nicht kodifiziert, weil es wegen der Vielzahl der sich notwendig machenden Fälle unmöglich erschien. Unterstellt man aber, daß er dennoch so verfahren wäre, dann könnte niemals ein zu großer Eingriff in die Handlungsfreiheit des einzelnen eintreten, denn man hätte doch nur solche Gebote kodifizieren können, die einen bestimmten tatbestandlichen Erfolg verhindert hätten, d. h. derartige Gebote, die den einzelnen nicht mehr beschränkt hätten als das schon kodifizierte Verbot der Handlung. Verbleibt man aber bei dem gefundenen Handlungsbegriff, so muß man die genannte Begründung der Rechtspflichttheorie auch aus diesem Gesichtspunkte ablehnen.

Zweifellos ist nun mit dem Handlungsbegriff noch nicht die Tatsache aus der Welt geschafft, daß es v e r s c h i e d e n e Handlungen sein können, die von einem Unterlassenden hätten vorgenommen werden können. Wer aber glaubt, daß die erwartete Handlung auch eine gebotene sein muß, die auf ein etwas „Bestimmtes"-nicht-zu-tun hinweise[353]) und nicht nur auf ein einfaches „Etwas"-nicht-zu-tun in dem oben genannten Sinne, der irrt, denn strafrechtlich kann nur über die vorgestellte Art und Weise des Verhaltens geurteilt werden, also darüber, in welcher Weise „hätte" gehandelt werden sollen.[354]) Die Frage richtet sich also auf etwas Unbestimmtes, also nur auf ein „Etwas"-nicht-zu-tun. Insofern ist auch dem Reichs-

353) Mezger, Lehrbuch, S. 130; v. Hippel, a. a. O. S. 153.
354) Mezger, Grundriß, S. 51; Klee, DStrR 1936, S. 8.

gericht entgegenzutreten[355]), das den Handlungsbegriff hinsichtlich der Unterlassung nicht wie beim Tun als das Gesamtverhalten seiner sozialen Sinnbedeutung bezüglich der Nichtabwendung des Erfolges kennzeichnet, sondern als eine ganz bestimmte vom Täter nicht vorgenommene Betätigung im konkreten Falle.[356]) Diese Einschränkung läßt sich m. E. nur aus der Unsicherheit der Bedingungstheorie für den ursächlichen Zusammenhang zwischen Unterlassung und Erfolg erklären.

Die strafrechtliche Wertung findet nun zweifellos in der Pflicht, die jedem Tun oder Lassen zugrundeliegt, ihren Ausdruck. Da aber Zweck der genannten Bildung eines strafrechtlichen Handlungsbegriffes ist, beide Formen des strafrechtlichen Verhaltens auf ein und dieselbe Stufe zu stellen, ist es unzutreffend, gerade in einer Pflichtverletzung einen Unterschied zwischen beiden Verhaltensformen zu sehen. Zur Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung also noch die Verletzung einer Pflicht (nicht Rechtspflicht) fordern, hieße dann, den gesamten Begriff des strafrechtlichen Verhaltens nicht verstanden zu haben, der gerade in der gleichmäßigen, von strafrechtlichen Gesichtspunkten ausgehenden Bewertung von Tätigkeit und Untätigkeit liegt. Dadurch soll vielmehr umgekehrt der naturalistische Unterschied zwischen Handlung und Unterlassung ausgeglichen werden. So ist also das Erfordernis einer allgemeinen Pflichtverletzung auch aus diesem Gesichtspunkt zu verneinen.

Ist nun mit dem Hinweis auf die strafrechtliche Wertung für den allgemeinen Handlungbegriff die Antwort auf die Frage, ob Tun und Unterlassen gleichstehen, gegeben, so bleibt dennoch die Frage offen, welche Handlung im Einzelfalle gerade den entsprechenden Erfolg verhindert hätte. So ergibt sich notwendigerweise aus dem strafrechtlichen Handlungsbegriff ein zweites Problem. Da es sich hierbei um die Verbindung von Verhalten und Erfolg handelt, ist ohne weiteres auf die Kausalität hingewiesen. Wenn so das Hauptproblem im Handlungsbegriff liegt, so ist das Unterproblem in der Kausalität zu suchen. Ehe aber nun zu dem Unterproblem Stellung

355) HRR 37, Nr. 1429; 36, Nr. 772.
356) E. Schmidt, Der Arzt, S. 86.

genommen werden kann, ist zuvor noch folgendes zu erwähnen:

4. Der objektiven Handlung wie der objektiven Unterlassung geht ein weiterer Zustand voraus bzw. begleitet dieselben. Dies sind die konkreten Umstände, der Ablauf der Dinge, der Verlauf der sich in der Außenwelt abspielenden Vorgänge. Ich möchte sie im Gegensatz zu den äußeren Tatumständen die „begleitenden Umstände" nennen. Oft sind dieselben strafrechtlich irrelevant, können aber auch die Tendenz zu einem späteren strafrechtlichen Erfolg in sich tragen. Die Feststellung dieses Elementes kann bei der objektiven Unterlassung nicht wegfallen, da es das einzige naturalistische Etwas ist, welches zur Untätigkeit hinzukommt. In der Nichtbeachtung dieser naturalistischen Vorgänge als eines wesentlichen Elementes der objektiven Unterlassung liegt der Fehler derjenigen, die sagen: ex nihilo nihil fit, und deshalb zur Leugnung der Kausalität der Unterlassung gelangen, wenn dadurch die Kausalität allein auch nicht bestimmt wird.

An dieser Stelle ist die Gefahrslage besonders hervorzuheben, auf die auch einige Schriftsteller die Rechtspflicht einzuschränken vorgeschlagen haben. Mögen auch diese Umstände oft indifferent sein, so liegt dennoch in einer solchen konkreten Lage, die die Gefahr für den Eintritt des Erfolges in sich trägt, auch eine causa efficiens hinsichtlich der Kausalität der Unterlassung; man kann sie daher nicht nur in der ungewollten Tätigkeit bzw. Untätigkeit sehen. So ist die gefährliche Situation der Außenwelt das einzige naturalistische Plus der objektiven Unterlassung. Am besten ist es deshalb, jene begleitenden Umstände in die Begriffsbestimmung sowohl der objektiven Handlung als auch der objektiven Unterlassung mit einzuschließen.

III. Die Kausalität der Unterlassung.

Solange man hinsichtlich des ursächlichen Zusammenhanges noch nicht zum Begriff einer Kausalität im strafrechtlichen Sinne gekommen war, sondern auch hier zunächst dem Lebenssprachgebrauch folgend nur von einer naturalistischen

Kausalität ausging, mußte der Unterschied zwischen einer Kausalität der Aktivität und der Passivität bestehen.

1. Hält man an dem Unterschied fest, ist der Versuch von Liszts[357]) denkbar, neben der verursachenden Körperbewegung die nichtverursachende Unterlassung als eine selbständige Form des Verbrechens treten zu lassen. So glaubt auch Dohna[358]) die Frage der Kausalität bei der Unterlassung nicht aufwerfen zu müssen. Würde mit der Aufstellung eines solchen selbständigen Kausalitätsbegriffes die natürliche Kausalität abgelehnt und eine strafrechtliche Kausalität gefunden, so wäre diesem Vorschlag zuzustimmen. Da aber diese selbständige Form der Kausalität mit der Rechtswidrigkeit verknüpft und von dieser abhängig gemacht wird, ist mit der Bildung dieses Begriffes nur die alte verfehlte Vermengung von Rechtswidrigkeit und Kausalität wieder angerührt, die oben bereits erledigt wurde.[359]) Man kann aber aus der aus diesen Gründen allgemein erfolgten Verschiebung dieses Kausalproblems in die Rechtswidrigkeit noch kein Privileg folgern, die Kausalität der Unterlassung voraussetzungslos hinzunehmen.[360]) Es mag nun zwar zweifellos der richtige Weg gewesen sein, bei Festhalten an dem natürlichen Handlungsbegriff eine der Unterlassung eigenständige Kausalität zu entwickeln. Unterwarf man sich aber einem Gesetzeswerk, in dem die Unterlassung als natürlicher Begriff nicht mehr verarbeitet war, vielmehr in ihrer begrifflichen Bedeutung im strafrechtlichen Verhalten aufging, war dieser Weg methodisch versperrt. Man mußte daher auch einen der Kausalität der Handlung entsprechenden Begriff der Kausalität schaffen. Diese Notwendigkeit ist aber erst neuerdings erkannt worden. Man suchte bis dahin vielmehr im Gegenteil mit Hilfe der natürlichen Kausalität zum Ziele zu gelangen und eine natürliche Kausalität der Unterlassung zu konstruieren. Dieses lange Festhalten an dem Naturkausalismus ist aber letzten Endes nur auf den suggestiven Einfluß Kants auf die Kriminalisten

357) a. a. O. S. 165/66.
358) Aufbau, S. 12.
359) Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 165.
360) Burchardt, a. a. O. S. 20.

zu erklären.[361]) Man glaubte nämlich, auch den Kausalprozeß des sozialen Geschehens im Sinne der Erkenntnistheorie mit dem Naturkausalismus eines „funktional aufeinander bezogenen Geschehnisablaufes" begründen zu müssen. Nachdem man zunächst[362]) mit dem von der Scholastik aufgegriffenen Grundsatz Aristoteles': ex nihilo nihil fit, die Kausalität der Unterlassung völlig abgelehnt hatte, glaubte man im Verfolg des Gedankens einer natürlichen Verursachung entweder in einem der Unterlassung nebenhergehenden oder zeitlich vorausgehenden positiven Tun Merkmale gefunden zu haben, die den Unterlassungen entstammende Wirkungen „hervorbringen" könnten. Der ersten Meinung war Luden[363]), der letzteren Krug[364]), Merkel[365]) und andere. Mögen diese Ergebnisse einmal deshalb zurückgewiesen worden sein, weil, wenn die Mutter ihr Kind nicht ernährt, dieses nicht am Strümpfestricken der Mutter gestorben sein kann[366]), zum anderen weil Verursachen und Schuld zusammenfallen müssen und ein dolus subsequents nicht ausreicht[367]), so bleiben sie auf der anderen Seite wichtige Erkenntnisse in ihrer Bedeutung als „begleitende Umstände". In der Schweiz hat z. B. Pfister[368]) im Verfolg des Gedankens des vorausgegangenen Tuns sich dem französischen Vorbild Saleilles[369]) angeschlossen und mit ihm die Fälle, in denen „der Unterlasser außerhalb der Kausalreihe, die zum Erfolge geführt hat, steht" („la non-intervention en dehors de la sphère d'activité de celui qui s'est abstenu"), für straffrei erklärt, auf der anderen Seite aber diejenigen Fälle, wo der Unterlassende „die schädigende Naturkraft in Bewegung setzte und es hernach unterließ, ihr Einhalt

---

361) vgl. Nagler, a. a. O. S. 30.

362) Traeger, a. a. O. S. 28, 34.

363) Abhandlungen I, S. 467, II S. 219—282.

364) Abhandlungen.

365) Lehrbuch S. 112.

366) Mezger, Lehrbuch, S. 134.

367) v. Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 164; Frank, § 1 IV; Traeger, a. a. O. S. 32.

368) a. a. O. S. 40.

369) Saleilles „Les accidents du travail et la responsabilité civile" Nr. 31 u. 32 S. 47—50.

zu gebieten", als strafrechtlich erheblich bezeichnet. So glaubt also Pfister den Kausalnachweis ebenfalls nur in naturalistischer Weise führen zu müssen. Dieser Meinung ist auch von Cleric[370]), der wegen des gegebenen Naturkausalismus der Handlung denselben „notwendigerweise beim Unterlassungsdelikt ebenfalls" fordert, wenn er auch im Ergebnis zur Festlegung eines solchen Naturkausalismus die „begleitenden Umstände" heranzieht.

Ein Unding ist es aber, eine Aktivität in der Unterlassung selbst nachzuweisen. So sieht die von Binding und anderen vertretene Interferenztheorie[371]) in der Unterdrückung des Willens, den schädigenden Erfolg zu verhindern, ein die Kausalität begründendes positives Tun. Dieser Gedankengang ist nun schon deshalb nicht möglich[372]), weil der Täter im Falle der unbewußten Fahrlässigkeit sich den Erfolg nicht einmal als möglich vorgestellt zu haben braucht. Außerdem wird aber die Unterlassung geradezu in ihr Gegenteil verkehrt, wenn ihr die Bedeutung einer aktiven Bedingung zukommen soll. Die Entschließung ist kein naturalistischer, sondern ein psychologischer Vorgang, der im übrigen auch beim positiven Tun vorhanden ist. Da man aber auf diesem Wege nicht weiter kam, ging man dazu über, die Kausalität für die Unterlassung zu fingieren.[373]) Gelegentlich glaubte man so auch nur in einem übertragenen Sinne von der Kausalität der Unterlassung sprechen zu können. Deshalb nennt Traeger[374]) die Kausalität der Unterlassung „Relevanz". Einen ähnlichen Weg ist in der Schweiz Mentha[375]) gegangen, der die Kausalität in dem oben erwähnten Weichensteller-Fall deshalb als vorliegend betrachtet, weil „il y a entre la resolution coupable du garde-voie et les faits matériels un rapport de simultanéité ou de concomitance, mais non pas un rapport de cause à effet". Diese fingierte Kausalität der Unterlassung wurde im deutschen Recht hauptsächlich dann angenommen, wenn eine

370) Betrug, S. 53/4.
371) Binding, Normen II, 552, 556; Landsberg, S. 44, 56.
372) v. Hippel, a. a. O. S. 158, Anm. 8; Traeger, a. a. O. S. 19.
373) v. Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 165; v. Hippel, S. 159/60.
374) a. a. O. S. 21.
375) a. a. O. S. 16.

Rechtspflicht zum Handeln bestand.[376]) Daraus erhellt, daß die Rechtspflichttheorie u. a. auch wegen des mangelnden Nachweises einer natürlichen Kausalität der Unterlassung entstanden ist. Zu welchen Schwierigkeiten aber die Rechtspflichttheorie geführt hat, ist bereits dargelegt worden.

2. Heute nun hat die herrschende Lehre sich für die Kausalität ebenfalls auf den Standpunkt des Strafrechtes gestellt und eine Ableitung derselben aus den Naturgesetzen verneint.[377]) Deshalb ist die Anschauung des früheren Rationalismus als überwunden zu betrachten, daß die Dinge Eigenschaften haben, die aus ihnen eine bestimmte Wirkung mit Notwendigkeit hervorgehen lassen. Der ursächliche Zusammenhang zwischen Unterlassung und Erfolg wird nun genau so gewertet wie derjenige zwischen Handlung und Erfolg. Für ein solches Kausalitätsurteil ist das gesamte Geschehen innerhalb der völkischen Lebensgemeinschaft maßgeblich. In diesem Maßstab kommt deshalb notwendigerweise auch die gesamte Ideenwelt einer Weltanschauung zum Ausdruck. So hat auch Kohler[378]) schon ausgeführt, daß die Frage der Unterlassungsdelikte nur auf dem betreffenden historischen Kulturstande beantwortet werden könne. Ob eine Unterlassung zum Erfolg im Ursachenzusammenhang steht, ist so eine Frage, die im Nationalsozialismus mit der gesunden Volksanschauung zu beantworten ist. Ob man deshalb nun von einem „Konditional"-Zusammenhang als Gegensatz zum (natürlichen) „Kausal"-Zusammenhang sprechen sollte, was Roeder vorschlägt[379]), mag dahingestellt bleiben. Am einfachsten ist nun eine solche strafrechtliche Wertung dann, wenn bereits ein natürlicher Zusammenhang zwischen dem Verhalten und dem Erfolg besteht. In diesen Fällen wird auch der Nationalsozialismus insbesondere deshalb, weil er vom konkreten Ordnungsdenken ausgeht, diesen gegebenen Zusammenhang für das Strafrecht bestätigen. Läuft aber der natürliche Zusammenhang der gesunden Volksanschauung zuwider,

376) v. Bar, Gesetz und Schuld, II, S. 261, 268; v. Rohland, S. 122.

377) Nagler, a. a. O. S. 34; Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 166; Georgikas, a. a. O. S. 19.

378) a. a. O. S. 47.

379) a. a. O. S. 9.

wird also auf eine bestimmte Verhaltensweise der Eintritt eines bestimmten Erfolges nicht angenommen, so muß von der Regel abgewichen werden, daß der Naturkausalismus gleichzeitig eine strafrechtliche Kausalität verbirgt. Gedacht wird hierbei besonders an den Fall des Bluters, der infolge eines nicht erwarteten natürlichen Zusammenhanges zwischen strafrechtlichem Verhalten und Eintritt des Erfolges ums Leben kommt. Hier kann der Täter u. E. nur wegen des nach der gesunden Volksanschauung erwarteten Eintritts irgendeines geringeren Erfolges zur Verantwortung gezogen werden. Bis auf eine derartige Ausnahme ist es deshalb beim positiven Tun leicht, die strafrechtliche Kausalität festzustellen, da dieses Tun eine eigene natürliche Kausalität hervorruft. Hier ist schon ein Naturalkonnex geschaffen. Bei der Anwendung dieses Hilfsmittels für die Kausalität einer Unterlassung bestehen aber offensichtliche Schwierigkeiten, da durch sie nichts bewirkt, kein eigener natürlicher Zusammenhang geschaffen wird. Die vergeblichen Bemühungen, einen solchen fälschlicherweise zu konstruieren, sind oben schon dargetan worden.[380]) Einzig und allein können dafür die „begleitenden Umstände" in Anspruch genommen werden, die man beim positiven Tun deshalb ganz außer acht läßt, weil sie wegen der erzeugenden Kraft der Handlung zur Feststellung der Kausalität meist nicht benötigt werden. Die Tatsache, daß nun bei der Unterlassung immer Umstände vorliegen müssen, die die Tendenz zum Erfolge bereits in sich tragen, dürfte aber nicht den Schluß zulassen, daß die Unterlassung nie ausschließlich, sondern nur neben anderen positiven Bedingungen kausal sein kann, eine Ansicht, die Kissin vertritt.[381]) Denn damit wird die naturalistische Kausalität wieder herangezogen. Diese „begleitenden Umstände", die „die Gefahr, daß der Erfolg eintreten werde", in sich tragen, sind doch ebenfalls bei der positiven Handlung vorhanden. Man denke nur an die Gefahr eines Waffenbesitzes, der eben wegen dieser Gefährlichkeit von besonderer behördlicher Genehmigung abhängig gemacht wird. Vielmehr kommt es a l l e i n auf die juristische Kausalitäts-

380) vgl. oben S. 77.
381) a. a. O. S. 37.

wertung an. Wenn diese nun ein vorliegendes naturalistisches Kausalitätsverhältnis benutzt, so geschieht dieses Vorgehen nur zur Unterstützung der Findung eines solchen juristischen Kausalitätsurteiles. Gegebenenfalls wäre noch auf ein vorangegangenes Tun zurückzugreifen. Da aber letzteres nicht regelmäßig vorliegt, ist eine Anlehnung an irgendeinen Naturkausalismus bei Feststellung der strafrechtlichen Kausalität für die Unterlassungen nicht immer gegeben. Es kommt also hinsichtsich der Kausalität allein und ausschlaggebend auf die durch die gesunde Volksanschauung gegebene Wertung an. Ehe aber darauf eingegangen werden kann, wann und unter welchen Voraussetzungen diese Wertung vorgenommen wird, ist erst noch gegenüber E. Schmidt festzustellen, daß eine Unterscheidung der strafrechtlichen Wertung des ursächlichen Zusammenhanges zwischen positivem Tun und Nichttun schlechterdings nicht gegeben sein kann.[382]) Wäre dem so, dann hätten alle Bemühungen um die Herausstellung einer strafrechtlichen Kausalität gar keinen Sinn und man müßte wieder in den Fehler, dieselbe im Kantschen Sinne zu lösen, zurückfallen. Nach den bisherigen Erörterungen ist es nur zu einleuchtend, daß sich die Kausalität der Handlung wohl „auf das dem Täter zur Last gelegte Verhalten" (natürliches) beziehen kann, während die Kausalität der Unterlassung „auf ein von ihm gar nicht vorgenommenes Verhalten, auf einen hypothetischen Geschehnisablauf" (soziale Wertung) bezogen werden muß.[383]) Wenn das Reichsgericht im letzten Fall sich auf ein Wahrscheinlichkeitsurteil stützen muß, so stellt dies keinen „Bruch" mit seiner Kausalitätslehre dar, denn auch bei der Aktivität liegt dieses Wahrscheinlichkeitsurteil zugrunde, kann nur dank der Faktizität der Handlung durch einen logischerkenntnistheoretischen Zusammenhang unterstützt werden, der aber auch nicht immer vorliegen muß, so in den Fällen, wo es eines Indizienbeweises bedarf. Ob man dieses Wahrscheinlichkeitsurteil insoweit vervollkommnen kann, als man von der Bedingung noch den sicheren „Nachweis"[384]) fordert, daß sie den

382) Der Arzt, S. 87; desgl. Georgakis, a. a. O. S. 18 Anm. 47.

383) E. Schmidt, Der Arzt, S. 87.

384) Mezger, Lehrb., S. 130, 137/8; E. Schmidt, Der Arzt, S. 87 Anm. 60; Nagler, a. a. O. S. 72; RG 15, 151; 58, 131; 63, 213.

Erfolg abgewendet habe, ist eine cura posterior und stellt im übrigen nur eine größere, wenn auch wünschenswerte Anforderung an die Genauigkeit der Gerichte. Das Kausalitätsurteil wird sowohl bei der Unterlassung als auch beim Tun in gleicher Weise gefällt. Es ist deshalb m. E. auch der Umweg über eine „indirekte Kausalität", den Nagler geht[385]), zurückzuweisen. Ob nun die im Inneren des Menschen angenommene Schutzstelle versagt und der Garant das zu schützende Rechtsgut preisgibt, kann wohl bei der Feststellung der Verwerflichkeit der Gesinnung eine Rolle spielen, ist aber bei der Untersuchung, ob das Unterlassen eine Bedingung für den Eintritt des Erfolges war, nicht maßgebend. Auf der anderen Seite läßt diese Konstruktion einer „indirekten" Verursachung eine Anlehnung an die psychologische Kausalität Bindings vermuten. Da die Kausalität aber ein von der Allgemeinheit erwarteter Zusammenhang ist, können hierbei innere Vorgänge keine Rolle spielen. Der Gesetzgeber hat ja gerade deshalb die Motivation auch nur hinsichtlich der Strafzumessung berücksichtigen können. Auf den Unterschied zwischen natürlicher und strafrechtlicher Kausalität wird auch zutreffend im Schweizer Recht hingewiesen.[386]) Am Anfang dieser Entwicklung steht hier Stooß[387]), der von dem „besonderen Ursachenbegriff" sagt, daß er „zwar den Zwecken des Rechts dient, aber mit den Gesetzen des Denkens in Widerspruch steht". Ebenso stellt Hafter[388]) zutreffend fest, daß beim Unterlassungsdelikt der äußere Kausalzusammenhang zwischen menschlichem Verhalten und Erfolg fehle, während eine juristische Kausalität vorhanden sei. Auch Thormann-Overbeck[389]) erklärt, daß das negative Verhalten als Ursache des Erfolges anzusprechen sei. Im französischen Rechtskreis steht die Lehre auf demselben Standpunkt. Gand führt dazu aus:[390]) „Parmi ces séries causales, les unes sont hors de la sphère de l'activité humaine, les

385) a. a. O. S. 71.

386) vgl. die folgenden Anmerkungen.

387) Die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung, in SchwZStrR 9, S. 226.

388) Allg. Teil S. 76.

389) a. a. O. S. 64.

390) a. a. O. S. 54.

autres rentrent dans le domaine de cette activité. Ces dernières, tantôt l'homme les supprime ou les dévie, tantot au contraire, les laissant à elles mêmes, il les prend comme auxiliaires et executrices de sa volonté."

3. Wäre nun die strafrechtliche Wertung der Kausalität ein mathematisches Exempel, dessen Richtigkeit durch die darauffolgende Probe bestätigt werden könnte, wäre jede weitere Erörterung hinsichtlich der Wertungsmethode überflüssig. Da aber die strafrechtliche Kausalität, wie oben dargelegt wurde, auch die Fälle erfassen muß, denen kein naturalistischer Zusammenhang zugrundeliegt — was ja gerade bei der Unterlassung der Fall ist —, ist eine solche erkenntnistheoretische Berechenbarkeit ausgeschlossen. Diese Wertung findet nun nach der herrschenden Lehre auf Grund der Bedingungs- oder Aequivalenztheorie statt. Danach ist für einen Erfolg jede Bedingung, ohne welche der Erfolg nicht eingetreten wäre, als Ursache zu betrachten (conditio sine qua non). Frank[391]) formuliert für die Unterlassung die Kausalität negativ und nennt kausal alles, bei dessen möglich gedachtem Anderssein der Erfolg nicht eingetreten wäre. Mit Recht bemerkt hierzu Sauer[392]), daß dies zu Verwirrungen führe, denn das Andershandeln reiche für die grundsätzliche Verneinung der Kausalität der Unterlassung nicht aus; der Täter könne z. B. statt der Unterlassung irgendeine beliebige positive Handlung vornehmen, die an der Sache und an dem Erfolg nicht das geringste ändern würde. Bekanntermaßen hat man diese weitgehende Theorie deshalb angenommen, weil man im Strafrecht noch die Möglichkeit hat, bei der Untersuchung der Schuld die erforderliche Aussonderung vorzunehmen.[393]) Im bürgerlichen Recht, wo eine Haftung auch ohne Verschulden besteht, wird die Adäquanztheorie vertreten, und man hat sich damit zum Strafrecht im Gegensatz gestellt. Nimmt man nun aber im Strafrecht jedes Ereignis, das nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele, als eine Ursache für dessen Eintritt, so begibt man sich m. E.

391) a. a. O. S. 16.
392) Unterlassung, S. 209.
393) Niethammer, a. a. O. S. 432.

der gewünschten Kausalitätswertung. Ist nämlich jede Bedingung auch Ursache, so findet eine Beurteilung dieses Vorganges gar nicht mehr statt. Hierin liegt eine Inkonsequenz der Bedingungstheorie, die sich bei den Unterlassungsdelikten besonders auswirkt. Es ist nämlich völlig zwecklos, bei einer Unterlassung die Kausalität des Verhaltens für den Erfolg nachzuprüfen, wenn grundsätzlich auch das Nichttun aller oder fast aller lebenden Menschen ursächlich sein soll.[394]) Ihre Aufgabe, die Zahl der als Täter eines Deliktes in Betracht kommenden Personen objektiv zu begrenzen, erfüllt die Feststellung der Kausalität der Unterlassung jedenfalls dann nicht mehr. So ist es auch erklärlich, wenn Georgakis zu der Feststellung gelangt[395]), daß die kausale Betrachtung nicht zu einer Aussonderung derjenigen Nichtabwendungen der Erfolge führe, die strafrechtlich wesentlich oder relevant seien. Diese „Grenzenlosigkeit"[396]), der der Richter, theoretisch gesehen, hinsichtlich der Unterlassung gegenübersteht, ist m. E. auch ein weiterer Grund dafür, warum die wissenschaftliche Meinung geglaubt hat, die Lösung des Unterlassungsproblemes in der Rechtswidrigkeit suchen zu müssen. Zweifellos ist es richtig, daß in der Praxis, wie Niethammer bestätigt[397]), alles leicht übersehbar beisammenliegt. Das Verhalten eines Menschen kann aber die Aufmerksamkeit nur auf sich lenken, wenn es in einer Aktivität besteht, andernfalls ist diese Feststellung nicht ohne Schwierigkeiten. Warum soll man aber wegen der Einfachheit, die sich beim positiven Tun ergibt, diesen systematischen lapsus durchlassen? Die strafrechtliche Kausalität ist eine Wertung und darf dieser Funktion nicht entkleidet werden! Bei Anwendung des Naturkausalismus mag die Bedingungstheorie vielleicht zu vertreten gewesen sein, ein Grund mehr, diese Theorie abzulehnen. So selbstverständlich wie für das deutsche Strafrecht die Anwendung der Bedingungstheorie ist, um so eindeutiger hat sich die s c h w e i z e r i s c h e Strafrechtslehre auf den Boden der Adäquanztheorie

394) Kissin, a. a. O. S. 34.
395) a. a. O. S. 20.
396) Niethammer, a. a. O. S. 436.
397) ebenda.

gestellt. Wenn Hafter[398]) auf der einen Seite auch zugibt, daß bei der Bedingungstheorie die Heranziehung der Schuldlehre eine richtige Überlegung ist, so hält er diesen Hinweis dennoch für überflüssig, und zwar mit der Begründung, daß die Lösung direkt aus der weiterentwickelten Lehre von der rechtserheblichen Kausalität gewonnen werden könne. Diese „typische Verursachung" sei allein maßgeblich. Auch Thormann-Overbeck[399]) hält die adäquate Verursachung für wegleitend.

4. Eine richtige strafrechtliche Wertung ist also nur bei Anwendung der Theorie der adäquaten Verursachung möglich. Danach hat ein menschliches Verhalten einen Erfolg im Rechtssinne nur dann verursacht, wenn es diesen nach dem normalen Lauf der Dinge von vornherein erwarten ließ und wenn es die generelle Tendenz besaß, ihn herbeizuführen.[400]) Und zwar wird derjenige bestraft, der eine solche Bedingung gesetzt hat, bei deren Vorhandensein der Erfolg der Lebenserfahrung nach nicht unwahrscheinlicherweise eingetreten wäre. In diesem Sinne sagt Sauer[401]) zu Recht, daß die Frage nur lauten könne: „Wäre der Tod auch eingetreten, wenn der Täter statt der Unterlassung gerade jene Handlung vorgenommen hätte, die rechtlich geboten war oder die man von ihm nach dem sozialen Geschehen hätte erwarten können?" Durch diese Überlegung sieht sich Sauer zutreffenderweise, abgesehen von der Rechtspflicht, zum mindesten zur Adäquanztheorie hingeführt. Die Wertung nach der Adäquanztheorie ist also, wie aus der genannten Definition hervorgeht, ein Wahrscheinlichkeitsurteil für den Eintritt des Erfolges, welches gemäß der Lebenserfahrung abgegeben wird. Wenn sich die Adäquanztheorie schon früher nach der Lebenserfahrung gerichtet hat, so ist dies insofern zu begrüßen, als sie sich damit bereits auf die gesunde Volksanschauung gestützt hat. Daß aber mit dieser Methode nur ein Wahrschein-

---

398) a. a. O. S. 75.

399) a. a. O. S. 64.

400) vgl. Frank, § 1 III 1 d; Liszt-Schmidt S. 162, die beide allerdings sonst die Bedingungstheorie vertreten.

401) Unterlassung, S. 210.

lichkeitsurteil gefällt wird, ist eine Bestätigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, andererseits eine Widerlegung derjenigen Meinungen, die es bei der Unterlassung auf ein „bestimmtes" Nichtstun abstellen wollen. Vielmehr kann nur gewertet werden: „Hätte er in der und der Weise gehandelt, dann . . ."[402]) Eine Wahrscheinlichkeit spricht sowohl für dieses als auch für jenes Tun, das den Erfolg hätte abwenden können. Schließlich wird aber mit der Findung eines solchen Wahrscheinlichkeitsurteils auch eine Auslese getroffen und n i c h t j e d e Bedingung der Ursache gleichgesetzt. Wegen dieses Vorzuges ist auch in praktischer Hinsicht bei den Unterlassungsdelikten zur Anwendung der Adäquanztheorie zu gelangen. Hinsichtlich der Einzelheiten der Anwendungsfälle sind vielleicht auch Vorwürfe der Adäquanztheorie gegenüber berechtigt, weil auch die gesunde Volksanschauung eine weitgehende Auslegung zulasse. Diese Nachteile im Einzelfalle heben aber die Vorteile gegenüber der Bedingungstheorie mehrfach auf. Daß aber das durch die gesunde Volksanschauung zu findende Wahrscheinlichkeitsurteil über die Konnexität zwischen Verhalten und Erfolg einer tatkräftigen Unterstützung bedarf, liegt in der Natur der Sache.

a) Dies für gewisse Fälle getan zu haben, ist das nicht abzuleugnende Verdienst Krugs, der, wie wir oben sahen[403]), die Lehre vom vorangegangenen Tun entwickelt hat. Wenn er damit ja auch versucht hat, eine natürliche Kausalität zwischen Unterlassen und Erfolg nachzuweisen, so ist doch gleichzeitig eine dem aktiven Tun entsprechende Bedingung für den Eintritt des Erfolges herausgearbeitet worden. So bemerkt Nagler zu Recht[404]), daß es sich bei dem vorangegangenen Tun um eine Anstoßung von Kräften handele, die auf einen tatbestandsmäßigen Erfolg, insbesondere zu einem widerrechtlichen Übergriff in fremden Rechtsbereich hintreiben würden. Die systematische Stellung des vorangegangenen Tuns ist entsprechenderweise u. E. die der Vorbereitungshandlung beim positiven Tun. Wenn zwar mit jener Vorbereitungshandlung in dersel-

402) Klee, DStrR 1936, S. 6.
403) vgl. oben S. 77.
404) a. a. O. S. 26.

ben Weise wie beim vorausgegangenen Tun auch noch nicht Strafbarkeit gegeben ist, so besteht aber bereits das Bedingungsverhältnis. Wer nämlich eine Straftat vorbereitet, wird in aller Regel damit auch eine Bedingung für den Eintritt des Erfolges gesetzt haben, mag auch die strafrechtliche Zurechenbarkeit erst mit Erfüllung der Voraussetzungen des Versuches gegeben sein. Unter dem Gesichtspunkt der Kausalität der begleitenden Umstände erscheint es gerechtfertigt, wenn das Reichsgericht in seiner Rechtsprechung das vorangegangene Tun im Rahmen der Rechtspflichttheorie als eine aus dem Gewohnheitsrecht resultierende Grundlage einer Rechtspflicht angesprochen hat. Es ist auch einleuchtend, daß eine jede Erörterung, ob nun das vorausgegangene Tun schuldhaft oder schuldlos, rechtswidrig oder rechtmäßig sein müsse, um die Handlungspflicht zu begründen, überflüssig erschien, denn für eine Bedingung, die den Erfolg herbeigeführt hat, ist diese Frage unwesentlich, da es nur darauf ankommt, daß dadurch überhaupt eine Bedingung gesetzt ist. Die Vorbereitungshandlung und damit das vorangegangene Tun ist das von einem Menschen zum Naturablauf hinzugefügte menschliche aktive Verhalten, welches im Verein mit diesem den Erfolg bedingt hat. Diese Ansicht ist schon von B i n d i n g geäußert worden, der behauptet, daß neben der Unterdrückung des Triebes zur Vornahme einer Handlung das vorangegangene Tun als eine weitere positive Bedingung anzusehen sei. So z. B.: wenn der gute Schwimmer den schlechten veranlaßt, sich in eine Gefahr zu begeben, und zwar ohne weitere Vorsichtsmaßregeln zu treffen; oder aber er den Brückenwart veranlaßt, seinen Posten zu verlassen, wodurch er den Wegfall einer vom Erfolge abhaltenden Bedingung verursacht.[405]) Jenen inneren Entschluß des Delinquenten, nicht zu handeln, als eine positive Bedingung für den Erfolg auszuwerten, ist oben schon abgelehnt worden.[406]) Das vorangegangene Tun stellt, falls es vorliegt, einen Ersatz für die Tätigkeit der objektiven Handlung dar, welche zu den in der Außenwelt sich abspielenden Vorgängen bei der Handlung hinzutritt. In diesem einen Fall sind also bei der objektiven Unterlassung ebenfalls zwei Kriterien

405) Normen, II, 2 S. 238.
406) vgl. oben S. 78.

vorhanden. Aus dieser Stellung des vorangegangenen Tuns geht klar hervor, daß es nicht als etwas Rechtliches, daher auch nicht als eine Rechtspflicht begründend anzusprechen ist, wie es die Theorie der formellen und auch der materiellen Rechtswidrigkeit tut.[407]) Das vorangegangene Tun ist weder ein Gesetz noch ein Vertrag und erst recht kein Gewohnheitsrecht. Vielmehr ist es eine Bedingung, die in die konkrete Lage, das heißt die begleitenden Umstände, eingreift, den strafrechtlichen Erfolg fördert und so eine adäquate Ursache darstellt.

b) Viel schwieriger liegt nun der Fall, wo eine solche Vorhandlung nicht gegeben ist. Es fehlt hier die zweite Komponente, die bei der objektiven Handlung in der Tätigkeit zu finden ist. So kann also nur auf die vorhandene Realität zurückgegriffen werden. Die begleitenden Umstände, d. h. die realen Vorgänge in der Erscheinugswelt, bieten die alleinigen Anhaltspunkte für die Beurteilung der Kausalität. Zweifellos kann der Kausalzusammenhang zwischen begleitenden Umständen und dem Erfolg nur eine naturalistische Nebenursache sein. Dies ist aber noch kein Grund, eine solche naturalistische Nebenursache für die Bildung des strafrechtlichen Kausalitätsurteils abzulehnen.[408]) Wenn man sich auch im Strafrecht, wie bereits näher ausgeführt worden ist, von der naturalistischen Kausalität entfernt hat, so darf man doch deren Ergebnisse nicht unausgenutzt lassen. Es ist nun aber eine unstreitige Tatsache, daß gerade der naturalistische Kausalzusammenhang z. B. bei Vorliegen einer Gefahrslage von der gesunden Volksanschauung als eine offensichtliche strafrechtliche Bedingung empfunden wird. Deshalb hat auch die Rechtspflichttheorie die Rechtspflicht auf den Fall einer solchen Gefahrslage sowohl bei Vertrag als auch bei vorangegangenem Tun zu beschränken versucht.[409]) Die Ansicht, eine (naturalistische) Bedingung für die (juristische) Kausalität der Unterlassung sei in den die Unterlassung begleitenden Umständen zu sehen, wird in der Schweiz ebenfalls vertreten.

---

407) Kissin, a. a. O. S. 105.

408) a. A. Nagler, a. a. O. S. 70 Anm. 124 b.

409) vgl. oben S. 54.

Wenn auch von Cleric, wie wir oben sahen, eine „künstliche Kausalität" ablehnt, so sagt er aber von den begleitenden Umständen:[410]) „Diese positiven Momente verleihen aber, sei es als Bedingungen oder als Mitursachen, dem gleichzeitig einhergehenden Unterlassen so gewissermaßen den Kitt, so daß man mit Fug behaupten kann, Unterlassen und positive Momente verbänden sich zu einem einheitlichen Ganzen, so daß dann dieses einheitliche Ganze kausierende Wirkung entfalte." Es wäre nun die Aufgabe der Rechtsprechung, noch andere solche Fälle der Konnexität von Nebenursachen herauszuarbeiten. In Verfolg der Rechtspflichttheorie hat die Rechtsprechung nun noch die Fälle einer Unterlassung unter Verstoß gegen Gesetz, Amt oder Vertrag herausgearbeitet. Bezüglich ihrer Verwendbarkeit für die Feststellung einer Konnexität zwischen Nichttun und Erfolg sind dieselben aber ebenfalls nicht unbeachtlich. Zweifellos bilden sie nun nicht zum Erfolge die Hauptursache; denn diese besteht in der Unterlassung. Wegen ihrer faktischen Wirkungen stellen sie aber ebenso eine Nebenursache dar wie die Gefahrslage und andere begleitenden Umstände. Auch wenn jene nicht naturalistischer Art sind, muß daran festgehalten werden. Wollte man nämlich diese Funktion jener Grundsätze ableugnen, dann müßte man konsequenterweise auch die gesamte Rechtsprechung der Unterlassungsdelikte verneinen. Vergegenwärtigt man sich den Sinn der strafrechtlichen Kausalität, so rechtfertigt es sich gerade besonders, daß nicht nur tatsächliche, sondern auch rechtliche Verhältnisse Gegenstand der Wertung sein können. Aber auch dem Ergebnis der bisherigen Rechtsprechung, insbesondere in ihrer Ausweitung in neuester Zeit, muß insoweit zugestimmt werden, als sie auch sittlichen Grundsätzen Rechnung trägt. Daß aber nicht nur rechtliche, sondern auch sittliche Grundsätze ein adäquates Bedingungsverhältnis verursachen können, bedarf nach den bisherigen Erörterungen keiner näheren Erläuterung. Die Kausalität der Unterlassung ist daher am besten wie folgt zum Ausdruck zu bringen:

§ Y. „Eine Unterlassung steht mit einem tatbestandsmäßigen Erfolg dann im Ursachenzusammenhang, wenn

410) Betrug, S. 62.

sie nach der gesunden Volksanschauung für diesen Erfolg eine sich aus den vorliegenden tatsächlichen (vorangegangenes Tun) oder rechtlichen (Gesetz, Vertrag, Amt) Umständen ergebende Bedingung gesetzt hat."

5. Rückblickend ist nun noch folgendes festzustellen: Die oben für die Unterlassung abgelehnte materielle Rechtspflichttheorie stellt in ihrer Begründung nichts anderes dar als die zum Unterproblem der Unterlassung gemachten Ausführungen hinsichtlich ihrer adäquaten Kausalität. Im Gegensatz zur formellen Rechtspflichttheorie war die materielle Rechtspflichttheorie zum ersten Male von Kissin näher begründet worden, hatte dann durch die Denkschrift ihre praktische Fassung erfahren, ist sie schließlich von Drost, Nagler, Georgakis und Eberhard Schmidt bis zum heutigen Stand geführt worden und hat letzten Endes auch ihren ausdrücklichen Niederschlag in der Rechtsprechung gefunden. Kissin glaubt, daß gegenüber der Handlung die materielle Begründung der Unterlassung u. a. sowohl durch die „gefahrbegründende Vortat" des Unterlassenden als auch durch die Besonderheit seiner „rechtlich sozialen Stellung" gewährleistet wird. Hinsichtlich des vorangegangenen Tuns führt er unter ausdrücklicher Ablehnung der Kausalität aus[411]), daß es keine Ursache im Sinne einer conditio sine qua non sei, sondern vielmehr die nahe Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des Erfolges begründet haben müsse, was bedeute, daß es eine generelle Tendenz zu dem schädlichen Erfolge aufweisen müsse. So schade das vorangegangene Tun nach dieser seiner generellen Tendenz der staatlichen Gemeinschaft mehr, als es ihr nütze. Mit welcher logischen Notwendigkeit Kissin aber auf diese seine Formel der materiellen Rechtswidrigkeit geführt wird, ist nicht einleuchtend. Wenn man auch seiner Ablehnung der Bedingungstheorie folgen muß, so verweist er doch in seiner Begründung nur auf die Adäquanztheorie. Daß nur dasjenige vorangegangene Tun den Eintritt des Erfolges herbeigeführt haben kann, welches die „nahe Wahrscheinlichkeit" für eine „generelle Tendenz zu dem schädlichen Erfolge aufweise", läßt keinen anderen Schluß zu. Wenn nun Kissin hinsicht-

411) a. a. O. S. 105.

lich „der sozialen Stellung des Täters" ebenfalls einen solchen Ursachenzusammenhang zunächst mit der Begründung ablehnt[412]), daß die Rechtsordnung den einzelnen Staatsbürgern nur Aufgaben zuteile, deren Erfüllung Voraussetzung für das Funktionieren des sozialen Mechanismus sei, so fällt ihm im Verlaufe der Untersuchungen diese Argumentation nicht leicht. Mag er auf der einen Seite die Abhängigkeit des Schadens von der verantwortlichen Person sowohl aus gesetzlichen wie aus vertraglichen Bestimmungen für möglich halten, so sieht er sich doch veranlaßt, ausdrücklich hervorzuheben[413]), daß dieses Erfordernis der Abhängigkeit nicht so zu verstehen sei, als ob die Bestrafung der Unterlassung jedesmal den Nachweis verlangte, daß die Existenz des Täters die faktische Bedingung für den Eintritt des Erfolges gewesen sei. Bei der Untersuchung des Falles, in dem der Schwimmer einen Schiffer vertraglich verpflichtet, ihn im Boote zu begleiten und ihn notfalls zu retten, jener seiner Pflicht aber nicht nachkommt, muß Kissin schließlich selbst zugeben[414]), daß „hier auch eine Abhängigkeit im streng kausalen Sinne möglicherweise gegeben ist, insofern als die Person des Schiffers nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Tod des Schwimmers entfiele". Wenn sich Kissin über die Bedeutung der juristischen Kausalität völlig im klaren gewesen wäre, könnte er auch niemals den Ursachenzusammenhang damit abgelehnt haben, daß den einzelnen Staatsbürgern Aufgaben zufielen, deren Erfüllung „Voraussetzung für das Funktionieren des sozialen Mechanismus" sei. Wovon anders könnte denn die juristische Kausalität noch abhängen? Damit erübrigt es sich, im einzelnen noch näher auf den Vorschlag Naglers einzugehen, daß der Unterlassende die Stellung eines Garanten einnehmen müsse. Denn diese Garantenstellung erklärt sich auch nur im Zusammenhang des staatlichen Gemeinschaftslebens. Auch Georgakis und Eberhard Schmidt, die den Unterlassenden dann dem Täter gleichstellen wollen, wenn er auf einem besonderen Posten stehe, besagen nichts anderes. Sie alle

412) a. a. O. S. 107.
413) a. a. O. S. 110.
414) a. a. O. S. 110.

gehen auf K o h l e r zurück[415]), der ebenfalls von einer Pflicht spricht, in das „Getriebe der physischen oder sozialen Mächte einzuwirken", falls „ein Mensch von der Gesellschaft auf einen Posten gestellt ist". Zutreffenderweise aber stellt er es dabei nicht auf die Rechtswidrigkeit ab, sondern erwägt im einzelnen Falle genau das Vorliegen der juristischen Kausalität. So führt er selbst zur Pflicht aus: „Der bloße Umstand, daß die Gesetzgebung einem Menschen oder einer Vielzahl von Menschen bestimmte Pflichten auferlegt, bewirkt noch nicht, daß die Pflicht kausal wird." Die „Berechnung der sozialen Kausalkette" hänge davon ab[416]), ob „das System gesellschaftlicher Fürsorge seinen Kalkül" darauf aufbaue. Die Denkschrift hat sich unter Berufung auf die „gesunde Volksanschauung" von der formellen Rechtspflichttheorie völlig getrennt, desgleichen aber auch von der materiellen Rechtspflichttheorie, denn sie gebraucht nur die Wendung: „wenn von ihm (Täter) nach gesunder Volksnaschauung die Abwendung des Erfolges v e r l a n g t werden kann". Damit steht die Denkschrift mindestens der adäquaten Kausalität nicht im Wege, unterstützt vielmehr die eingeschlagene Untersuchung. Bezeichnend ist aber die Stellung der Praxis. In der neuesten Entscheidung[417]) im angeblichen Sinne der materiellen Rechtspflichttheorie handelt es sich um folgenden Fall:

Die A. hatte den Ehemann K., dessen Geliebte sie war, nicht nachweisbar dazu verleitet, seine Ehefrau ums Leben zu bringen. Bei der Prüfung, ob die A. aber wegen Beihilfe zum Morde, begangen durch Unterlassung, zu bestrafen sei, wird eingangs zutreffend eine Herleitung der Beihilfe aus § 139 StGB abgelehnt. Es wird aber auch eine Rechtspflicht aus einem Gemeinschaftsverhältnis im Hinblick darauf, daß der Ehemann die Geliebte gegen den Willen der Ehefrau in das Haus aufgenommen hatte, abgelehnt, da „es hieße, den sittlichen Wert der Familiengemeinschaft und der Hausgemeinschaft in unzulässiger Weise herabwürdigen, wenn man unter solchen Umständen die A. als Teilnehmerin dieser „Lebensgemeinschaft" anerkennen wollte". (56) Zum Schluß aber findet sich das

415) a. a. O. S. 47.

416) Kohler, a. a. O. S. 48.

417) RG 73, 53 ff. insbesondere 56/57.

Reichsgericht zu einer Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun bereit und sagt: „Es wäre zu prüfen, ob die A. durch ihr Verhalten diese Gefahrenlage geschaffen oder doch mitgeschaffen habe, möglicherweise dadurch, daß sie vielleicht habe erkennen lassen, auch im Falle der Tötung der Ehefrau zur Heirat mit K. bereit zu sein. Gegegebenenfalls wäre der Grundsatz zu berücksichtigen gewesen, daß eine Rechtspflicht besteht, die drohende Gefahr eines rechtswidrigen schädigenden Erfolges, die durch ein eigenes Verhalten entstanden sei, selbst wieder abzuwenden." In diesem Sinne beschreibt das Reichsgericht noch die mögliche Verursachungskette im einzelnen. Da nun das Reichsgericht leider auf dem systematischen Boden der materiellen Rechtspflichttheorie steht, nennt es seine Ausführungen nicht beim richtigen Namen. Die aufgeführte vorangegangene mögliche Verursachungskette verweist nur zu deutlich auf eine adäquante Kausalität. Wenn nun aber eine solche in den Fällen übrig bleiben kann, in denen kein Gemeinschaftsverhältnis vorliegt, muß sie doch erst recht im Falle eines gegebenen Gemeinschaftsverhältnisses vorhanden sein. Daß die durch ein solches Gemeinschaftsverhältnis eingetretenen Bedingungen aber nicht als kausal zu betrachten seien, würde dem Begriff der juristischen adäquaten Verursachung widersprechen. So hat also auch bei der materiellen Rechtspflichttheorie, insoweit sie die Rechtsprechung vertritt, ein adäquates Kausalverhältnis Berücksichtigung gefunden, was die zitierte Entscheidung in ihrer Auseinandersetzung mit dem abgelehnten Gemeinschaftsverhältnis und dem vorangegangenen Tun beweist. Die konstruktiven Bemühungen der Rechtspflichttheorie finden also ihren natürlichen Ausgangspunkt in der adäquaten Verursachung der Unterlassung.

Zusammenfassend ist demnach festzustellen:

Die Problematik der Unterlassungsdelikte liegt in dem Unterschied zwischen Tätigkeit und Untätigkeit. Dieser wird überwunden durch den strafrechtlichen Handlungsbegriff, so daß Handlung und Unterlassung gleichstehen. Da aber verschiedene Unterlassungen einer Handlung gleichgestellt werden können, fragt es sich, die Unterlassung welcher Handlung den der Handlung entsprechenden Erfolg herbeigeführt hat. Dieses Unterproblem wird in der Kausalität gelöst. Dabei ist

die Bedingungstheorie abzulehnen und zur Anwendung der Adäquanztheorie zu gelangen. Die einzelnen Fälle einer adäquaten Verursachung sind in dem oben genannten § Y aufgezählt.

IV. Die Konkurrenzfrage.

Es bleibt nun noch die zweite Frage zu beantworten, ob der Täter eines einfachen Unterlassungsdeliktes auch für den Erfolg eines durch ein erfolgverursachendes Unterlassen begangenen Verbrechens verantwortlich gemacht werden kann, d. h. ob die einfachen mit den erfolgverursachenden Unterlassungen ideell konkurrieren können. Mag Frank[418]) die ganze Frage als ein vorläufig noch ungelöstes Problem ansehen, so ergibt sich doch aus den bisherigen Erörterungen, daß der Standort dieser Fragestellung weder in der Kausalität noch in der Rechtswidrigkeit zu suchen ist. Vielmehr kann sie ebenfalls nur im Handlungsbegriff entschieden werden.

1. Da aber die herrschende Lehre von der die Rechtswidrigkeit bestimmenden Rechtspflicht ausgeht, ist zunächst diesem eingeschlagenen Weg zu folgen. Wenn Schaffstein[419]) es auch eine willkürliche petitio principii der Rechtspflichttheorie nennt, aus einem einfachen Unterlassungsdelikt (§ 330 c) eine Rechtspflicht zur Erfolgsanwendung abzuleiten, so anerkennt er damit, daß die von ihm an sich bekämpfte Rechtspflichttheorie zu diesem Ergebnis kommen müßte. Ist nämlich ein strafrechtlicher Erfolg eingetreten, so kann danach derjenige bestraft werden, der zu dessen Verhinderung eine Rechtspflicht hatte. Da aber insbesondere Rechtspflichten aus Gesetz heranzuziehen sind, ist eine solche aus einem Strafgesetz erst recht verwertbar. Aus Besorgnis vor den Folgen dieses Ergebnisses hatte aber die herrschende Lehre eine derartige Idealkonkurrenz abgelehnt.[420]) Eine Begründung

418) § 1 IV.

419) Unterlassung, S. 82.

420) RG 3, 218; 14, 362; in JW 37, 1815. — Das Reichsgericht schwankt neuerdings. In der Entscheidung Bd. 71, S. 187, stellt es für die Haftung für den Erfolg nur auf die aus § 330 I StGB folgende Pflicht ab, cf unten S. 100.

für diese Einstellung ist jedoch nicht damit gegeben, daß die Rechtspflichttheorie nicht jede Rechtspflicht zum Handeln irgendwelcher Art auch als eine Erfolgsabwendungspflicht erachte. Denn ein Grund, warum gerade die eine oder andere Rechtspflicht zum Zuge kommen soll, ist damit noch nicht dargetan.[421]) So sei, wie Mezger ausführt, wegen dieser Spezialität der Rechtsfolge eine Idealkonkurrenz nicht möglich.[422]) Habe nämlich das Gesetz wegen der besonderen Umstände, unter denen die Unterlassung geschehen sei, einen besonderen Tatbestand aufgestellt, so sei damit angedeutet, daß schon durch diese Strafe das Unrecht des Unterlassens abgegolten sein solle.[423]) Zum Beweise dieser Spezialität der Rechtsfolge wird von v. Hippel[424]) die Bestimmung des § 60 MStGB angeführt, nach der bei unterlassener Anzeige von Kriegsverrat eine Bestrafung wegen Mittäterschaft am Kriegsverrat erfolge. Diese Beweisführung mit einem argumentum a contrario ist aber deshalb unzutreffend, weil mit § 60 MStGB nicht nur eine Ausnahme zu § 139 StGB konstatiert ist, sondern der Begriff des Kriegsverrates eine Ausdehnung schon auf die Mitwisserschaft des Nichtanzeigenden erfahren hat, um die gewünschten Erfolge zu erzielen. Es liegt also an der Eigenschaft gerade dieses Verbrechensbegriffes. Eine nicht unbeachtliche Vertiefung hat die Begründung der Spezialität, insbesondere des Verhältnisses von § 330 c StGB zu §§ 211, 212 StGB, durch Georgakis erfahren[425]), der eine scharfe Trennung zwischen der Hilfspflicht im Sinne des § 330 c StGB und der Erfolgsabwendungspflicht z. B. des § 211 StGB durchführt. Auf diese inhaltliche Verschiedenheit der Pflichtverletzungen

---

v. Liszt-Schmidt, S. 127 Anm. 5, und S. 305 Anm. 1; Frank, § 1 IV und zu § 360 10, Binding, Normen II, 550 Anm. 10; Kohlrausch, StGB zu § 330 c; v. Hippel S. 157 Anm. 5 u. 6.; Nagler, a. a. O. S. 18; Kissin, a. a. O. S. 96, 97, Hellmuth Mayer, Lehrb., S. 174, 184; Dahm, a. a. O. S. 134; Georgikas, a. a. O. S. 6, 9.

421) Mezger, Lehrbuch, S. 140; E. Schmidt, Der Arzt, S. 190, 3; Georgakis, a. a. O. S. 6 Anm. 44.

422) Mezger, Lehrb., S. 142.

423) derselbe, Grundriß, S. 52.

424) a. a. O. S. 157 Anm. 5 und Mezger, Grundriß, S. 53.

425) a. a. O. S. 19, 20.

und das völlig abweichende Strukturverhältnis der einfachen Unterlassungsdelikte von den erfolgverursachenden Unterlassungen hat früher auch Nagler schon hingewiesen[426]), der ebenfalls eine Lösung „im Verhältnis der materiellen Subsidiarität" erblickt. Georgakis sagt[427]): „Was das Recht im vorliegenden Falle interessiert, ist, daß nicht weniger als das von ihm verlangte geschieht, und nicht das mögliche Mehr, das geschehen könnte." In der Schweiz hat Thormann-Overbeck[428]) ebenfalls eine Idealkonkurrenz abgelehnt und auf eine Bestrafung aus einer Bestimmung wie die des Art. 128 Schw-StGB hingewiesen.

2. Nicht allein deshalb, weil die Rechtspflichttheorie den oben angeführten Widerspruch in sich trägt[429]), sondern vor allem weil nicht die Rechtswidrigkeit, sondern die Tatbestandsmäßigkeit der Ausgangspunkt dieses Problemes ist, muß die herrschende Lehre zurückgewiesen werden. Der oben geschilderte Handlungsbegriff läßt gar keine andere Lösung zu, als daß jedes Unterlassen, auch die unterlassene Hilfeleistung, ein solches strafbares Unterlassen sein kann, welches der Handlung entpricht. Wie schon oben gesagt, ist dieses der Handlung entsprechende Unterlassen nicht ein bestimmtes, sondern irgendeines, bei dem die Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß es den eingetretenen Erfolg verhindert hätte. Es kann folglich auch die unterlassene Hilfeleistung sein. Da der Gesetzgeber die vielen der einer Handlung entsprechenden Unterlassungen in seinem Gesetzbuch nicht vollzählig aufzählen konnte, mußte er eben notgedrungen einen solchen weiten strafrechtlichen Handlungsbegriff bilden, in dem die verschiedensten Unterlassungen enthalten sind. Daß damit große Schwierigkeiten verbunden sein können, zeigt die Problematik der Unterlassungsdelikte. Ist aber einmal der strafrechtliche Handlungsbegriff da, so gibt es nur die beiden extremen Möglichkeiten, die Dohna[430]) wie folgt formuliert: „Die pflichtwidrige Nicht-

426) a. a. O. S. 19, 20.
427) a. a. O. S. 9.
428) a. a. O. S. 64.
429) vgl. oben S. 182.
430) DStrR 1939 S. 145.

hinderung eines Erfolges entweder ebenso wie die Verursachung oder aber sie gar nicht zu bestrafen." So hat schon Traeger[431]) die Gleichstellung gefordert, und zwar auch vom Gesichtspunkt der Kausalität her, wenngleich dieselbe bei der Unterlassung seiner Meinung nach eine ganz andere ist (Relevanz). Die herrschende Meinung[432]) erkennt diese Gleichstellung nur dann an, wenn der aus einem einfachen Überlassungstatbestand Verpflichtete außerdem noch auf einem besonderen Posten (cf. oben S. 52) steht, wonach er außerdem noch zur Abwendung des Erfolges verpflichtet ist. Dazu bildet Georgakis das Beispiel vom Bademeister. Dieser habe im Gegensatz zu einem beliebigen Dritten, der zufällig im Schwimmbassin vorübergehe, außerdem die besondere Pflicht der Erfolgsabwendung, da er als Bademeister angestellt sei.[433]) Daß aber auch hier erst noch festgestellt werden muß, wann der Betreffende im Zweifelsfalle auf einem solchen Posten steht, hat Dahm zu Recht bemerkt.[434]) Zu einer solchen Erweiterung der Haftung eines einfachen Unterlassungsdeliktes zu einer Bestrafung für den verursachten Erfolg ringt sich auch Mezger[435]) durch, und zwar unter dem Hinweis auf die Tätereigenschaft, die im Verfolg des Gedankens einer Analogie unter Berücksichtigung des Grundgedankens eines Strafgesetzes im neuen § 13 ihren Ausdruck gefunden habe. Dahm läßt aus diesem Gesichtspunkte der Tätereigenschaft ebenfalls eine Gleichstellung ausnahmsweise zu, aber nur dann, wenn, wie im Falle der Tierquälerei, die „gefühllose Gesinnung in besonders starkem und üblem Maße vorhanden scheint".[436]) Wird aber außerdem noch die Rücksichtnahme auf die Unterschiede in der Stellung der Person des Täters wie z. B. bezüglich seiner Eigenschaft als Vater, Nachbar oder Hausangestellter gefordert, bedarf es hinsichtlich der Undurchführbarkeit dieser Differen-

---

431) a. a. O. S. 70—72.

432) Traeger, a. a. O. S. 75; Mezger, Lehrb., S. 142; Georgakis, a. a. O. S. 8, 16; Dahm, a. a. O. S. 173.

433) a. a. O. S. 16; ähnl. Drost, a. a. O. S. 61.

434) a. a. O. S. 142.

435) in ZStW 57, 684 u. Grundriß, S. 54.

436) a. a. O. S. 159.

zierungen wohl keiner weiteren Erläuterungen.[437]) Auch im schweizerischen Strafrecht wird von der herrschenden Lehre abgegangen. So sagt selbst Hafter[438]), daß, wenn das Im-Stiche-Lassen eines Hilflosen mit Tötungsvorsatz erfolge, nur die Bestimmungen über Tötung zur Geltung kommen würden, eine Ansicht, die auch von Zürcher[439]) vertreten worden ist. Berühmt ist der Fall des Messerschmieds von Zofingen[440]) aus dem Jahre 1615, der, obschon er ein sehr guter Schwimmer war, bei einem Schiffsunglück seine Frau unter dem Vorwand, wider den Willen Gottes nichts tun zu dürfen, ertrinken ließ und deshalb zum Tode verurteilt wurde. Zur Annahme der Idealkonkurrenz kommt ferner auch Niethammer[441]), der die Meinung des Reichsgerichtes für sich zitiert, das im Rahmen der Rechtspflichttheorie folgendes ausführt:[442]) „Wo das für die Anwendung jener Vorschriften nicht zu fordernde Innere näher gegeben ist, wo sich der dem Ungehorsam gegen das Gebot zugrundeliegende Wille des Unterlassenden geradezu auf den Erfolg richtet, den der Gesetzgeber auch durch die Gebote der Anzeige oder der Hilfeleistung zu verhüten suchte, da muß der Richter die Strafvorschriften anwenden, die dem gelten, der sein äußeres Verhalten innerlich auf den rechtsverletzenden Erfolg einstellt." Damit hat das Reichsgericht, das früher der herrschenden Lehre gefolgt war, eindeutig die Spezialität der Vorschriften der §§ 330 c und 139 StGB zurückgewiesen, den gesetzespolitischen Sinn dieser Bestimmungen vielmehr dahingehend erläutert, daß der Gesetzgeber prophylaktisch auch denjenigen strafrechtlich zur Verantwortung ziehen müsse, der den Erfolg zwar kausal verursacht habe, in subjektiver Hinsicht aber den Willen, einen solchen Erfolg herbeizuführen, nachweislich nicht besessen habe. Die Bestrafung wegen der einfachen Unterlassung ist so erstens ein Behelf, falls der Vorsatznachweis hinsichtlich des eingetretenen Erfolges nicht gelingt, und bedeutet zweitens weiter nichts als

437) Dahm, a. a. O. S. 142.
438) bes. Teil S. 56.
439) in II Prot. Exp. Komm. S. 203.
440) vgl. Pfister, a. a. O. S. 37.
441) a. a. O. S. 454.
442) RG 71, 187. cf. oben S. 187.

— wenn auch unter anderem Namen — eine Bestrafung des fahrlässig begangenen Deliktes. Von diesem Gesichtspunkt aus bekommt aber sowohl der § 139 StGB als auch der § 330 c StGB seine richtige Stellung als Verbrechen. Da nun aber im Falle der Tötung deren fahrlässige Begehung schon strafbar ist (§ 222 StGB), würde sich die Verfolgung nach § 330 c unter dem Gesichtspunkt der Gesetzeskonkurrenz erübrigen. Es würde sich aber empfehlen, den Gesetzestext des § 330 c StGB dahin zu verbessern, daß bei Eintritt des zu verhindernden Erfolges eine Strafe ausgeschlossen, vielmehr ausschließlich aus dieser Bestimmung wegen des entsprechenden Tötungsdelikte zu bestrafen sei. Sieht man die Lösung der Problematik der Unterlassungsdelikte in der Tatbestandsmäßigkeit, ist eine Berechtigung des § 330 c nur unter einer solchen Einschränkung gegeben. Ist also der Erfolg eingetreten, entfällt entweder die Anwendung des § 330 c StGB zugunsten des vorsätzlich begangenen Erfolgsdeliktes der §§ 211 und 212 StGB oder zugunsten des fahrlässig begangenen Erfolgsdeliktes des § 222 StGB. Trotzdem aber ist damit die unterlassene Hilfeleistung noch nicht abgetan, denn es bleibt weiterhin „zu bedauern", daß bei Vorsatz immer mit der gleichen Strafe des Erfolgsdeliktes gestraft werden soll.[443]) Zweifellos besteht eine Nuance zwischen dem Verhältnis von Tötung, begangen durch positives Tun, und Töten durch Nichternähren eines Kindes auf der einen Seite und dem Verhältnis von Tötung, begangen durch positives Tun, und Tötung, begangen durch unterlassene Hilfeleistung, auf der anderen Seite. In diesem Sinne erforderte schon die Glosse bis Farinacius, Carpzow, Beyer, die sächsischen Konstitutionen, das Preußische Landrecht von 1620, die Theresiana von 1768, das österreichische StGB von 1852 eine mildere Bestrafung.[444]) Auch später sind dafür Meinungen vorhanden gewesen[445]), und neuerdings hat insbesondere Klee unter Verweisung auf den Vorschlag der preußischen Denkschrift sich für eine fakultative Strafmilderung

443) Mezger, Lehrbuch, S. 148.

444) zit. nach Mezger, Lehrb., S. 130.

445) Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 164; Mezger, Lehrb., S. 148; Drost, a. a. O. S. 48; Traeger, a. a. O. S. 71.

eingesetzt.[446]) Der Grund für eine derartige Strafmilderung kann aber nicht an der Gradskala der verwerflichen Gesinnung abgelesen werden, wie dies vorgeschlagen wird.[447]) Die verbrecherische Energie ist meist die gleiche, was Drost mit dem Weichenwärterbeispiel belegt, der wegen Nichtstellens der Weiche ebenso wie im Falle eines positiven Tuns auf das gröbste gegen seine Berufspflichten verstoße.[448]) Bei der Untersuchung des Verbrechensbegriffes konnte daher auch hinsichtlich der inneren Tatbestandsmerkmale keine Unterscheidung zur Handlung dargelegt werden. Die schimpfliche Gesinnung ist vom Gesetzgeber nur bei den Strafmilderungs- bzw. Strafverschärfungsgründen zu berücksichtigen, die für die Handlung und die Unterlassung dieselben sind. Wenn sich die verbrecherische Energie irgendwie unterscheidet, so kann es nur in ihrer Beziehung zu den äußeren Merkmalen des Tatbestandes sein. Die verbrecherische Energie ist m. E. dann nicht voll strafwürdig, wenn bei der strafrechtlichen Kausalitätswertung die anderen „begleitenden Umstände" gegenüber der in der Person des Unterlassenden liegenden naturalistischen Nebenursache das Übergewicht haben. Kommt also ein Wanderer zufällig an einem reißenden Fluß vorüber, in dem ein badender Mensch in einem Strudel untergeht, so ist der Zufall des hinzukommenden Wanderers für den Zusammenhang mit dem Todeserfolg gegenüber der Gefahr, die der reißende Strom in sich birgt, nur von geringer Bedeutung. Nur der Zufall macht das Erscheinen des Menschen zur naturalistischen Nebenursache. Aus solchen Erwägungen wäre neben der oben (S. 89) vorgeschlagenen Hauptvorschrift folgende Nebenbestimmung vorzuschlagen:

§ X. „Die Unterlassung kann unter Berücksichtigung der begleitenden Umstände milder bestraft werden."

---

446) DStrR 1936, S. 9.

447) derselbe, ebenda, und Niethammer, a. a. O. S. 456.

448) Drost, a. a. O. S. 59.

LEBENSLAUF.

Ich wurde am 21. 9. 1913 in Freiberg i. Sa. als Sohn des Landgerichtsdirektors Dr. jur. Max Heber und seiner Frau Elisabeth, geb. Conrad, geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule und neunjährigem Besuch der höheren Schule studierte ich sieben Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten München, Genf und Berlin. Am 30. 8. 1938 bestand ich vor dem Kammergericht in Berlin die erste juristische Staatsprüfung.

Noch vor meinem Studium diente ich ein halbes Jahr freiwillig im Arbeitsdient und ein Jahr beim Art.-Rgt. 4 in Dresden. Im Frühjahr 1940 wurde ich nach Ableistung von Reserveübungen zum Leutnant d. R. befördert und bald darauf zum Kriegswehrdienst einberufen.

Das Thema der vorliegenden Arbeit, die ich noch vor meiner Einberufung fertigstellte, erhielt ich von meinem Lehrer an der Universität Berlin, Herrn Senatspräsident und Prof. Dr. K. Klee, dem ich für seine Förderung ebenso zu großem Dank verpflichtet bin wie Herrn Professor Logos (Genf), der mich während meines erneuten Studienaufenthaltes in Genf (W.-S. 1938/9) in liebenswürdiger Weise unterstützte.